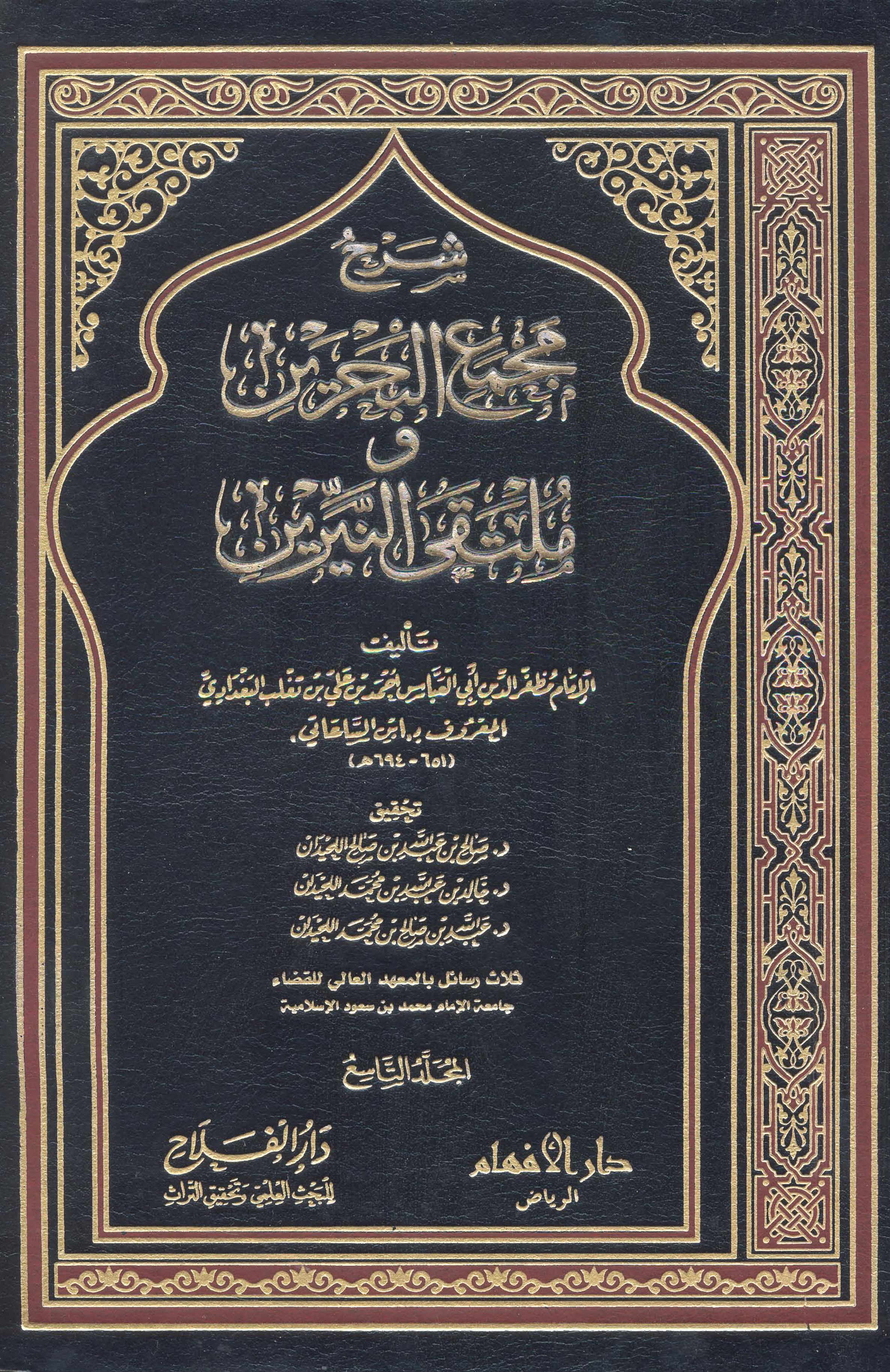

شرح
مجمع البحرين
و
ملتقى النيرين
تأليف
الإمام مظفر الدين أبي العباس أحمد بن علي بن تغلب البغدادي
المعروف بـ(ابن الساعاتي)
(٦٥١-٦٩٤هـ)
تحقيق
د. صالح بن عبد الله بن صالح اللحيدان
د. خالد بن عبد الله بن محمد اللحيدان
د. عبد الله بن صالح بن محمد اللحيدان
ثلاث رسائل بالمعهد العالي للقضاء
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المجلد التاسع
دار الأفهام
الرياض
دار الفلاح
للبحث العلمي وتحقيق التراث


شرح
مجمع البحرين
و
ملتقى النيرين
٩




بسم الله الرحمن الرحيم



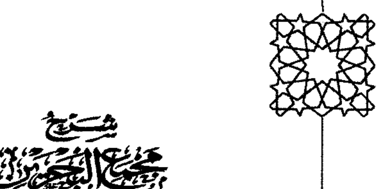
جميع الحقوق محفوظة لدار الفلاح
ولا يجوز نشر هذا الكتاب بأي صيغة
أو تصويره PDF إلا بإذن خطي من
صاحب الدار الأستاذ/ خالد الرباط

الطبعة الأولى
١٤٣٧هـ - ٢٠١٦م

رقم الإيداع بدار الكتب
2015/25661



للبحث العلمي وتحقيق التراث
١٨ شارع أحمد حسن - حي الجامعة - الفيوم
ت ٠١٠٠٠٠٥٩٢٠٠
Kh_rbat@hotmail.com
واتس 002 01123519722



أشرف على إخراجه
خالد محمود الرباط

تطلب منشوراتنا من:

- دار العلم - بلبيس - الشرقية - مصر
- دار الأفهام - الرياض
- دار كنوز إشبيليا - الرياض
- مكتبة وتسجيلات ابن القيم الإسلامية - أبو ظبي
- دار ابن حزم - بيروت
- دار المحسن - الجزائر
- دار الإرشاد - استانبول
- دار الفلاح بالفيوم






شرح مجمع البحرين وملتقى النيرين

تأليف

الإمام مظفر الدين أبي العباس أحمد بن علي بن تغلب البغدادي

المعروف بـ «ابن الساعاتي»

(٦٥١-٦٩٤هـ)

تحقيق

صالح بن عبد الله بن صالح اللحيدان

خالد بن عبد الله بن محمد اللحيدان

عبد الله بن صالح بن محمد اللحيدان

ثلاث رسائل بالمعهد العالي للقضاء

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

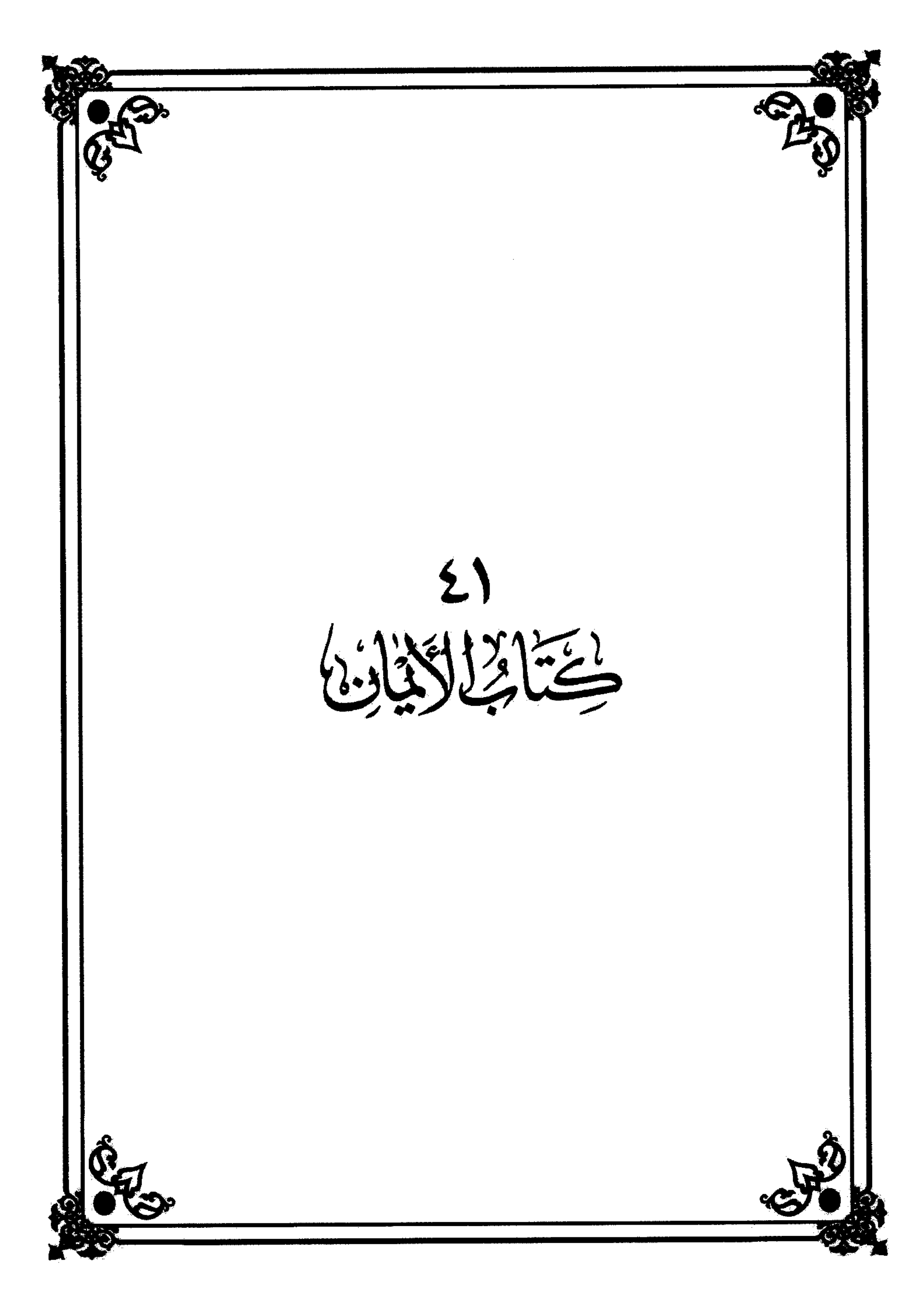
المجلد التاسع

دار الفلاح

للبحث العلمي وتحقيق التراث

ت ٠٠٢٠١٠٠٠٠٥٩٢٠٠





٤١
كتاب الأيمان

كتاب الأَيْمان[١]

اليمينُ[٢]: القوةُ، قال تعالىٰ: ﴿ لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ ﴾ [الحاقة: ٤٥] أي: بالقوةِ والقدرةِ، وهي الجارحةُ أيضًا، ومطلقُ الحلفِ بأي شيء كان.

وفي الشرع: هو نوعان:

القَسَمُ بما يقتضي تعظيم المقسم به، وذكر الشرط والجزاء، فالأول كالقسمِ بالله تعالىٰ؛ ولهٰذا قال أصحابنا رحمهم الله: لا يجوز القسمُ إلّا بالله، قال ﷺ: «**من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليذر**»[٣]، والمعنى اللغوي حاصلٌ لاشتمالهِ علىٰ مطلق الحلفِ، إذا الأعمُّ جزء الأخصِّ، وعلى القوةِ أيضًا لحصولِ التوثقِ والقوة في الكلامِ بالقسمِ، وقد كانوا إذا تحالفوا وتعاهدوا أخذوا بأيمانهم التي هي الجوارحُ.

وأمَّا الثاني وهو تعليقُ الجزاء بالشرطِ علىٰ وجهٍ ينزلُ عند وجودِه فهو يمينٌ في الاْصطلاحِ الشرعي، ولم ينقل عن أهلِ اللغةِ، وهٰذا مثل قوله: إن دخلت الدارَ فعبدي حرٌّ. وفيه معنى القوة أيضًا؛ لأنَّ اليمينَ يعقدُ للحملِ على الفعلِ أو للمنع منه، فإنَّ الإنسانَ قد يعلمُ المصلحةَ في فعلٍ ولا يقدمُ عليه وقد يعلمها في تركِ فعل ولا يمتنعُ عنه، فكانت

---

(١) لما كان تحقق حِل الأضحية متوقفًا علىٰ ذكر ٱسم الله تعالىٰ باللسان، فكذلك تحقق اليمين وتأكدها بذكر ٱسم الله تعالىٰ باللسان ناسب ذكرها عقب الأضحية.
«المجمع شرح المستجمع».

(٢) اليمين لغة: الجهة والجارحة والقوة والشدة وجمعها أيمُن وأيمان، يمين الحالف.
«المصباح المنير» ص٤٠٥، و«مختار الصحاح» ص٦٦١ مادة: يمن.
«المعجم الوسيط» ٢/ ١٠٦٧ مادة يمن.

(٣) رواه البخاري (٢٦٧٩)، ومسلم (١٦٤٦) بلفظ: «**أو ليصمت**».

اليمينُ مؤكدةً للعزمِ على الفعلِ أو التركِ[١]، وكما أنَّ اليمينَ بالله تعالىٰ حاملةٌ أو مانعةٌ لما يلازمها من الإثم بهتكِ ٱسم المعظم والكفارةِ، فكذلك الشرطُ والجزاءُ حاملٌ أو مانعٌ بسببِ ما يلزمه من زوالِ ملكِ النكاحِ أو الرقبة أو غيرهما، فألحق التعليقُ باليمين بالله لاشتراكهما في هٰذا المعنىٰ، ثم اليمينُ مشروعةٌ في المعاهدات والخصوماتِ توكيدًا وتوثيقًا للقولِ[٢]، قال تعالىٰ: ﴿وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ﴾ [البقرة: ٢٢٥]، وقال ﷺ: «**لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليذر**»[٣]، (والأصل)[٤] تقليلُ الحلف بالله تعالىٰ ويكره الحلف بغيره[٥]، وقيل: إن أضيفَ إلى المستقبل لم يكره، وإن أضيف إلى الماضي كره، وهٰذا أحسنُ؛ لأنَّ الحلف بغير ٱسم الله تعالىٰ مستعملٌ في العهودِ والمواثيقِ بين المسلمين من غير نكيرٍ. وأما ما رُوِيَ:

---

(١) «المبسوط» ٨/ ١٢٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٠٧، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٠٠.

(٢) «المبسوط» ٨/ ١٢٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٣-٢٧٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٠٧، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٠٠، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٧٠٤.

(٣) رواه البخاري (٦٦٤٨)، ومسلم (١٦٤٦) من حديث ابن عمر بلفظ: «**لا تحلفوا بآبائكم**» ورواه مسلم (١٦٤٨) من حديث عبد الرحمن بن سمرة بلفظ: «**لا تحلفوا بالطواغي ولا بآبائكم**».

(٤) في (ب): (والأفضل).

(٥) قال شيخ الأسلام ابن تيمية في الفتاوىٰ والحلف بالمخلوقات حرام عند الجمهور وهو مذهب أبي حنيفة وأحد القولين في مذهب الشافعي وأحمد، وقد حكى أجماع الصحابة علىٰ ذلك. وقيل: هي مكروهة كراهة تنزيه. وذلك أن الحلف بغير الله شرك، والشرك أعظم من الكذب.

«مجموعة فتاوىٰ شيخ الإسلام أحمد ابن تيمية» ١/ ٢٠٤.

« ملعون من حلف بالطلاق أو حُلِّف به »[١]؛ فمحمولٌ على الإضافةِ إلى الماضي بالإجماع[٢].

قال: (وينقسم إلىٰ غموس أن يحلف باللهِ كاذبًا فيستغفر اللهَ تعالىٰ، ولا يوجب كفارة، وإلىٰ لغوٍ يفسرها بالحلف علىٰ أمر يظنه كما قال وهو خلافه لا الخالي عن القصدِ فيرجىٰ أن لا يؤاخذ بها، وإلىٰ منعقدة أن يحلفَ علىٰ فعل أو ترك في المستقبل).

اليمينُ باللهِ تعالىٰ علىٰ ثلاثة أقسامٍ: يمينُ الغموس ويمينُ لغوٍ ويمينٌ منعقدةٌ، فيمينُ الغموسِ أن يحلفَ بالله علىٰ أمرٍ ماضٍ أو حالٍ يتعمدُ فيها الكذبَ، وهٰذِه اليمينُ لا كفارةَ فيها عندنا[٣] خلافًا للشافعيِّ[٤] رضي الله عنه، ولٰكن يستغفرُ اللهَ ويتوبُ إليه، ويمينُ اللغوِ أن يحلفَ علىٰ أمر يظنه علىٰ ما قالَ والأمرُ بخلافِه، وهٰذا التفسيرُ عندنا[٥].

وعند الشافعي[٦] هو الذي يسبق لسانه بالحلفِ في أثناء كلامهِ كقوله:

---

(١) ذكره العجلوني في «كشف الخفاء» ٢/ ٢١٦ (٢٣٣٤).

(٢) «الاختيار» ٤/ ٢٧٤، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٣٩، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٧٠٥.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٥، و«إيثار الإنصاف» ص٣٨٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٣٩.

(٤) «الأم» ٦/ ٢٩٠، و«حلية العلماء» ٧/ ٢٤٤-٢٤٥، و«الوجيز» ٢/ ٢٢٣، و«روضة الطالبين» ٨/ ٣.

(٥) «فتاوىٰ قاضيخان» ٤/ ٢٦٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٠٨، و«فتح القدير» ٥/ ٦٣، و«اللباب» ٤/ ٤.

(٦) «الأم» ٦/ ٢٩٠، و«التنبيه» ص١٩٣، و«حلية العلماء» ٧/ ٢٤٣، و«روضة الطالبين» ٨/ ٣.

بلىٰ والله ولا والله ولا (يقصد)[١] (اليمين)[٢]، وهٰذِه اليمينُ نرجو أن لا يؤاخذ الله تعالىٰ بها، واليمينُ المنعقدةُ هي أن يحلفَ علىٰ أمر يفعله أو يتركه في الزمانِ المستقبل. فإذا حنثَ فيه وجبت الكفارةُ[٣]، وإنما كانت ثلاثةَ أقسامٍ؛ لأنها إما أن تكونَ على الماضي أو الحالِ أو الٱستقبالِ، فإن كانت على الماضي أو والحالِ فإما أن يتعمدَ الكذبَ فيها أو لا يتعمد، والأولُ الغموسُ والثاني اللغو، وإن كانت على المستقبل فهي الثالثةُ سواء كان عامدًا أو ناسيًا مكرهًا أو طائعًا، كما يأتي إن شاء اللهُ تعالىٰ للشافعي[٤] في وجوب الكفارةِ في الغموسِ أنَّ الكفارةَ شرعت لرفع هتكِ حرمةِ ٱسمِ اللهِ تعالىٰ، وقد تحققَ الهتكُ بالاستشهادِ باسمه كاذبًا فأشبه المنعقدةَ إذا نقصت بالحنث فيها.

ولنا[٥]: أنَّ الغموسَ ليست يمينًا حقيقةً؛ لأن اليمين عقدٌ مشروعٌ، وهٰذِه معصيةٌ كبيرةٌ، فلا تكون مشروعةً، وإنما سميت يمينًا مجازًا لوجودِ صورة اليمين، كما نهىٰ ﷺ عن بيع الحر فسمَّاه بيعًا مجازًا، والكفارةُ دائرةٌ بين العبادةِ والعقوبة فيتعمد سببًا دائرًا بين الحظرِ والإباحةِ، والمنعقدةُ باعتبارِ أنها في ٱبتدائِها تعظيمُ ٱسم الله تعالىٰ، وفي ٱنتهائها عند الحنث هتكُ حرمةِ ٱسم الله تعالىٰ صلحت الكفارةُ حكمًا لها،

---

(١) في (ج): (تنعقد).

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) «المبسوط» ٨/ ١٢٦-١٢٧، و«الهداية» ٢/ ٣٥٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٤، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٧٠٦-٧٠٧.

(٤) «الوجيز» ٢/ ٢٢٥، و«التنبيه» ص١٩٩، و«روضة الطالبين» ٧/ ١٧.

(٥) «المبسوط» ٨/ ١٢٨-١٢٩، و«فتح القدير» ٥/ ٦٠-٦١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٠٨، و«اللباب» ٤/ ٣.

والغموسُ كبيرةٌ محضةٌ فيجب عليها عقوبةٌ محضةٌ، فلا تصلح الكفارةُ حكمًا لها، وسميت هٰذِه اليمين غموسًا؛ لأنها تغمسُ صاحبَها في نارِ جهنمَ، ولهٰذا قلنا لا كفارة فيها، وأطلق قوله: أن يحلف بالله كاذبًا؛ لتشملَ الماضي والحالَ، فإنَّه ذكر الأَستقبال في المنعقدة من بعد /١٣٠ب/ فاليمين مثل قوله: والله ما فعلتُ كذا وهو يعلمُ أنه فعله، واليمينُ على الحالِ أن يقول: والله ما لهٰذا عليَّ دَين. وهو يقسم أن له عليه، فعلىٰ من حلفَ بها أن يستغفرَ الله تعالىٰ ويتوبَ إليه وأمره إلىٰ اللهِ تعالىٰ. قال ﷺ: «**خمسٌ من الكبائر لا كفارةَ فيهن: الإشراكُ بالله، وعقوقُ الوالدين، وبهتُ المسلم، والفرارُ من الزحف، واليمينُ الغموس**»[(١)]، وقال ﷺ: «**اليمينُ الغموسُ تدع الديار بلاقع**[(٢)]»[(٣)]، ولم يذكر الكفارةَ ولو كانت واجبةً لذكرها تعلمًا، أو لو كانت لها كفارةٌ لما تركت الديار بلاقعَ؛ لأنَّ الكفارةَ ٱسمٌ لما يستر الذنبَ فيرفع إثمه وعقوبته، وأما يمينُ اللغوِّ في الماضي كقوله: والله ما دخلت الدارَ وهو يظنُّ أنه لم يدخلها، والأمرُ خلاف ذلك، وفي الحالِ كقوله عمن تقبلُ علته: والله إنه لزيدٌ. وهو يظنه زيدًا، فإذا هو عمرو، هٰذا تفسيرُ اللغوِّ عندنا[(٤)].

---

(١) رواه أحمد ٢/ ٣٦١-٣٦٢ بلفظ: «خمس ليس لهن كفارة ..» وانظر: «الإرواء» (١٢٠٢).

(٢) بلاقع: البلاقع جمع بلقع وبلقعه وهي الأرض القفر التي لا شيء فيها يريد أن الحالف بها يفتقر ويذهب ما في بيته من الرزق، وقيل: هو أن يفرق الله شمله ويغير عليه ما أولاه من نعمه. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ١/ ١٥٣.

(٣) رواه البيهقي ١٠/ ٣٥، وصححه الألباني في (٩٧٨)، من حديث أبي هريرة.

(٤) «الهداية» ٢/ ٣٥٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٥، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٠٢، و«إيثار الإنصاف» ص٣٨٠-٣٨١.

وقال الشافعيُّ[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هو ما يجري بين الناس من قولهم: لا والله، وبلىٰ والله من غير قصد لليمين، وحكىٰ ذلك محمدٌ[٢] عن أبي حنيفة[٢] رحمهما الله.

وعن عائشة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا مثلُ ذلك موقوفًا ومرفوعًا، وعن ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا هو الحلفُ علىٰ يمينٍ كاذبةٍ وهو يرىٰ أنه صادقٌ وإنما قال: يرجىٰ ألا يؤاخذ الله تعالىٰ عليها، وإن كانت غير مؤاخذٍ عليها نصًّا لقوله تعالىٰ: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٥] باعتبارِ ٱختلافِ تفسير اللغو فيجوز أن يكون ما فسرناها به حقًا، ويحتملُ أن لا يكون؛ فلذلك قال: يرجىٰ أن لا يؤاخذ بها أي: التفسيرُ الذي فسرناها به، وإنما قال في اللغو تفسيرنا بالحلف به أي: بالله لفائدة، فإنه روى ابن رستم[٣] عن محمد[٢]: لا يكون اللغو إلَّا في اليمين بالله خاصةً، وقد عبرَّ عنه الكرخيُّ[٤] فقال: ما كان المحلوفُ به هو الذي يلزمه بالحنثِ فلا لغو فيه؛ وذلك لأنَّ من حلفَ باللهِ علىٰ أمر يظنه كما قال وليس كذلك لغا المحلوف عليه وبقي قوله: والله فلا يلزمه شيءٌ، واليمين بغير الله تعالىٰ يلغو المحلوف عليه ويبقىٰ قوله: ٱمرأته طالقٌ أو عبدُه حرٌّ أو عليه الحجُّ فيلزمه، وأمَّا المنعقدةُ فأن يحلف علىٰ أمرٍ في المستقبل أنْ يفعلهُ كقوله: والله لأعطينَّ زيدًا درهمًا. أو علىٰ أمرٍ يتركه كقوله: والله لا كلمتُ زيدًا.

---

(١) «الأم» ٦/ ٢٩٠، و«الوجيز» ٢/ ٢٢٣، و«حلية العلماء» ٧/ ٢٣٤، و«روضة الطالبين» ٨/ ٣.

(٢) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٣٦، و«المبسوط» ٨/ ١٢٩-١٣٠، و«اللباب» ٤/ ٤، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٤٠.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) «الاختيار» ٢/ ٢٧٦.

فبرَّهُ في الفعلِ أنْ يفعلَ مرةً، وبرَّهُ في التركِ أنْ يتركَ أبدًا، فمتىٰ فعلَ مرةً فقد حنث فتلزمه الكفارةُ[(١)].

قال: (فإن كان المحلوف عليه فرضًا وجب[(٢)] البرُّ أو معصية فالحنثِ أو غيرِهِ خيرًا ترجَّحَ الحنثُ أو تساويا فالبرُّ).

المنعقدة أنواعٌ منها: أنْ يحلف علىٰ أمرٍ هو فرضٌ كما إذا قال: والله لأصلين الفرائض أو لأصومنَّ شهرَ رمضانَ أو لأتركنَّ الزنا والسرقة، فهٰذا يجبُ فيه البرُّ ولا يجوز الحنثُ[(٣)]؛ لأنَّ المحلوف عليه فرضٌ فتأكدَ باليمين.

ومنها: أنْ يحلف علىٰ معصيةٍ كما إذا عكسَ ذلك فيجبُ عليه أنْ يحنث ويكفرِّ يمينَه ولا يجوزُ أن يبرَّ في يمينه[(٣)] قال ﷺ: « **مَنْ حلَفَ أنْ يطيعَ الله فليطعْهُ، ومن حلَفَ أنْ يعصيَهُ فلا يعصِهِ** »[(٤)].

ومنها: إذا حلَفَ علىٰ أمرٍ غيرُه خيرٌ منه كما إذا حلَفَ علىٰ هجرانِ المسلمِ مثلًا فهٰهنا يترجحُ الحنث ويكفرِّ[(٣)]، قال ﷺ: « **من حلَفَ علىٰ يمينٍ ورأىٰ غيرهَا خيرًا منها فليأتِ بالتي هي خيرٌ وليكفرْ عن يمينه** »[(٥)]؛ ولأنَّ الحنث ينجبرُ بالكفارةِ ولا جابرَ للمعصيةِ.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٥، و«المبسوط» ٨/ ١٢٦-١٢٧، و«فتح القدير» ٥/ ٦٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٠٨-١٠٩.

(٢) فيٰ (ب): (عليه).

(٣) «المبسوط» ٨/ ١٢٦-١٢٧، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٦، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٤٠-٥٤١.

(٤) رواه البخاري برقم (٦٦٩٦) من حديث عائشة عائشة رضي الله عنها بلفظ: «**من نذر أن يطيع الله فليطعه**».

(٥) رواه مسلم برقم (١٦٥٠) من حديث أبي هريرة.

ومنها: إذا حلَفَ علىٰ أمرٍ غيرُه يساويه فههنا يترجحُ حفظُ اليمينِ، قال تعالىٰ: ﴿ وَٱحْفَظُوٓاْ أَيْمَٰنَكُمْ ﴾ [المائدة: ٨٩] أي: عن الحنث وهٰذا زائدٌ[١].

قال: (ويجبُ بالحنث الكفارةُ إن شاء أعتقَ رقبةً أو كسا عشرةَ مساكين كلًا منهم ثوبًا شاملًا لبدنهِ فما زادَ أو ما تجزئ فيه الصلاة أو أطعمهم كالفطرةِ).

قال الله تعالىٰ ﴿ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ [المائدة: ٨٩] فالواجبُ واحدٌ من هٰذِه الثلاثة يتعين بفعل العبدِ، وفي هٰذِه المسألةِ بين الأصولين كلامٌ كثيرٌ موضعه الأصول، والمذهبُ ما قلنا، وتفصيلُ الإعتاقِ والإطعامِ قد مضىٰ في كفارةِ الظهارِ.

وأمَّا الكسوةُ فهي ٱسمٌ لما يُكتسىٰ به، والمقصودُ منها إزالةُ العري فكلُّ ثوبٍ يصيرُ مكتسيًا يُسمَّىٰ كسوةً وإلا فلا.

فإذا ٱختارَ للكسوةِ كسىٰ عشرةَ مساكين كلُّ مسكين ما ينطلقُ عليه ٱسم الكسوةِ، فروي عن أبي حنيفة[٢] وأبي يوسفَ[٢] رحمهما الله أن أدناه ما يسترُ عامة بَدنه فعلىٰ هٰذا لا تجوزُ السراويلُ؛ لأنَّ لابسهُ يسمىٰ عريانًا عرفًا، وعن محمد[٢] رحمه الله أدناه ما يجوز فيه الصلاةُ فلا يجوز الخفُّ ولا القلنسوة؛ لأن لابسَ ذلك لا يُسمَّىٰ مكتسيًا؛ لهٰذا لا تجوزُ فيها الصلاةُ، وقيل: لكلِّ مسكين إزارٌ ورداءٌ وقميصٌ، وقيل: كساءٌ،

---

(١) «المبسوط» ٨/ ١٢٦-١٢٧، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٦، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٤٠-٥٤١.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٦-٣٠٧، و«درر الحكام» ٢/ ٤١، و«البحر الرائق» ٤/ ٣١٤، و«اللباب» ٤/ ٨.

وقيل: ملحفة، وقيل: يجوز الإزارُ إن كان يتوشح به، وإن كان لسترِ عورتِهِ دونَ بدنهِ لا يجوزُ كالسراويل، وعلىٰ قول محمد[١] رحمه الله يجوزُ لجواز الصلاةِ فيه، وعن أبي حنيفة[١] رحمه الله في العمامةِ إن كانت سابغةً مقدارَ الإزارِ السابغِ أو يمكن أنْ يُقطعَ منها قميصٌ جاز / ١٣١أ/ وإلَّا فلا وعنهما فيما يجزئ في الكسوةِ يجزئُ عن الإطعامِ بالقيمةِ إذا نوىٰ ذلك.

قال: (ولا نوجب تمليكه) الضميرُ راجعٌ إلى الإطعام، أمَّا الكفارة تغفره فلا يتأدىٰ إلَّا بفعلٍ يزيلُ ملكَهُ عن العين ليكونَ زاجرًا أو رادعًا له ليتحققَ معنى العقوبةِ فلابدَّ فيه من التمليكِ، ولو أعادَهُ لا تجوزُ لعدمِ زوالِ ملكه عن العينِ في العاريةِ، وأمَّا الإطعامُ فتجوزُ فيه الإباحةُ عندنا[٢].

وقال الشافعيُّ[٣] رحمه الله: التمليكُ فيه واجبٌ أيضًا؛ لأنه حقٌّ ماليٌّ فلا يتاحُ إلَّا بالتمليكِ كالزكاةِ.

ولنا: أنَّ الإطعامَ عند الإطلاقِ يرادُ به الإباحةَ، قال تعالىٰ: ﴿مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ﴾ [المائدة: ٨٩]، والموجودُ من كلِّ واحدٍ في إطعامِ

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٦-٣٠٧، و«درر الحكام» ٢/ ٤١، و«البحر الرائق» ٤/ ٣١٤، و«اللباب» ٤/ ٨.

(٢) «المبسوط» ٧/ ١٥، و«فتح القدير» ٥/ ٨١، و«الاختيار» ٣/ ٢٠٢، و«مجمع الأنهر» ١/ ٤٥٣.

(٣) «الأم» ٦/ ٢٩١، و«التنبيه» ص١٩٩، و«حلية العلماء» ٧/ ٣٠٧-٣٠٨، و«روضة الطالبين» ٨/ ٢٠-٢١.

أهلهِ هو الإباحةُ دون التمليكِ علىٰ أنَّ الغرضَ من التمليك حاصلٌ بالإباحةِ، فإنَّ ملكَهُ يزولُ عن الطعامِ بالإباحةِ كما يزولُ بالتمليكِ.

قال: (ونجيز إطعامَ واحدٍ عشرةَ أيامٍ).

إذا وجبتْ عليه كفارةُ يمينٍ فأطعم مسكينًا واحدًا عشرة أيام جاز[1]، وقال الشافعيُّ[2] رَحِمَهُ اللَّهُ: لايجزئه إلَّا عن يوم واحد ٱعتبارًا لصورةِ العددِ، ونحن ٱعتبرنا بالمعنىٰ؛ لأنَّه صار في كلِّ يومٍ مصرفًا ما صرفهُ إليه عن كفارةِ يمينه كما لو صرفَ إليه شخصٌ آخرُ عن كفارتهِ؛ لأنَّ صيرورته مصرفًا باعتبارِ حاجتِهِ، والحوائجُ تتعدد بتعددِ الأيامِ، والمقصودُ بالإيجابِ دفعُ عشر حاجاتٍ لا دفعُ حاجةِ عشرةِ أشخاصٍ.

قال: (واعتبرنا عتقَه رقابًا عنهنَّ من غير تعيين).

إذا كان عليه كفارتا يمينٍ فاعتق عنهما رقبتين لا ينوي عن أحديهما بعينها أجزأهُ عنهما. وقال زفر[3] رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يجزئه عنهما ولا عن واحدةٍ منهما؛ لأنه بإعتاقِهما عنهما كان معتقًا عن كلِّ واحدةٍ منهما نصفُ كلِّ عبدٍ، ونصفُ كلٍّ من العبدين لا يكونُ رقبةً لاستحالةِ الجمعِ، وليس له جعلُ ذلك عن إحديهما. بعد عتقهِ لهما، كما لو ٱعتقَ عبدًا واحدًا عن ظهارٍ وإفطار لم يكنْ له أنْ يجعلهُ عن أحديهما.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢١٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٤/ ٢٦٦، و«الهداية» ٢/ ٣٠٢، و«الاختيار» ٣/ ٢٠٢.

(٢) «الأم» ٦/ ٢٩١، و«التنبيه» ص١٨٨، و«الوجيز» ٢/ ٨٤، و«غاية البيان» ص٣٢٠-٣٢١.

(٣) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٥٤-٢٥٥، و«المبسوط» ٧/ ١٠، و«الهداية» ٢/ ٣٠٢، و«الاختيار» ٣/ ٢٠٢.

ولنا[١]: أنَّ نيةَ التعيين مع اتحاد الجنسِ لا اعتبار بها لعدمِ الفائدةِ بخلاف الجنسين، ولهٰذا لو كان عليه قضاءُ أيامٍ من رمضانَ فنوى القضاءَ صحَّ، وإن لم يعين اليومَ المقضيَّ صومَه لاتحاد الجنس بخلاف ما قد كان يقضي رمضان ونذرًا فصامَ عنهما يومين لا يجزئه عنهما ولا عن أحدهما، ولا يمكنه جعلُ ذلك عن أحدهمَا بعد صومِهِ عنهما لاختلافِ الجنسِ، ولو صام يومًا في قضاءِ رمضانَ عن يومين أجزأه عن قضاءِ يومٍ واحدٍ، وعلىٰ هٰذا لو أعتقَ رقبةً واحدةً عن كفارتين كان له جعلُ ذلك عن أحدِهِما.

قال: (وإطعامُ كلٍّ من عشرةٍ صاعًا عن كفارتين فجعلهُ عنهما وهما عن أحدهما).

هٰذِه معطوفةٌ علىٰ ما قبلها، أي: واعتبرنا (إطعامَ كلٍّ من عشرةٍ) رجلٌ عليه كفارتا يمين فاطعمَ عنهما عشرةَ مساكين كلَّ واحدٍ صاعًا من الحنطةِ، أجزأه عنهما عند محمد[١] رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقال أبو حنيفة[٢] وأبو يوسف[٢] رحمهما الله: أجزأه عن أحدِهِما[٢].

وله: أنْ يجعلَ عن أيتهما شاءَ.

قال زفر[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يجزئه عنهما ولا عن أحدهما لما تقدمَ في المسألة السابقةِ.

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٥٤-٢٥٥، و«المبسوط» ٧/ ١٠، و«الهداية» ٢/ ٣٠٢، و«الاختيار» ٣/ ٢٠٢.

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٤٨، و«المبسوط» ٧/ ١٠، و«الهداية» ٢/ ٣٠٢، و«الاختيار» ٣/ ٢٠٢.

ولعاقلٍ أنْ يقول: في ذلك نظرٌ من حيث إنَّ زفر[١] رَحِمَهُ اللهُ في المسألةِ الأولىٰ بنىٰ كلامَهُ علىٰ أنه أعتقَ عن كلٍّ منهما نصفَ رقبةٍ، والجمعُ متعذرٌ فلم يخرجْ عن العهدةِ، وهنا لا يستقيم ذلك لأنَّه لمَّا أطعمَ عشرةَ مساكينٍ كلَّ واحدٍ صاعًا فقد أطعمَ عن كلِّ كفارةٍ عشرةَ مساكين كلَّ واحد نصفُ صاعٍ، وأنه مجزئٌ إجماعًا[١]، ويمكن أن يقالَ لمَّا نوىٰ بإطعام صاع لكلِّ فقير عنهما لم يكنْ دافعًا عن كلَّ كفارةٍ من كلِّ صاع مؤدىٰ إلىٰ فقير نصفه إلىٰ كلِّ واحدٍ من المساكين العشرةِ؛ لأنه دفعَ كلَّ الصاعِ عنهما، ودفعُ صاعٍ إلىٰ فقير في يومٍ واحدٍ إطعامُ فقيرٍ واحدٍ، إذ لا تقديرَ في بعض[٢] الإطعامِ، وإطعام الواحدِ لا ينوبُ عن الاثنين فلم يجزئهُ عنهما لهٰذا المعنىٰ، ولا يجزئه عن أحدِهما؛ لأنه نواهما جميعًا وهما غير أحدهما ضرورةَ أنَّ المجموعَ المركبَ من جزءين غيرُ كلَّ واحدٍ من ذينك الجزءين، ولمحمد[٣] رَحِمَهُ اللهُ أنَّ ما أدَّاه صالحٌ لهما، والمحلُّ قابلٌ لصرفهما إليه فيجزئه عنهما كما لو أطعمَ عن ظهارٍ وإفطارٍ ستين مسكينًا كلِّ واحدٍ صاعًا من الحنطةِ، وكما لو أدىٰ على التعاقب وصارَ كفدية الصلاة والصومِ، حيث يجوز الجمع دون التفريقِ حتىٰ إذا أعطىٰ فقيرًا عشرة أَمْناءٍ من الحنطةِ عن خمسِ صلواتٍ أو خمسةِ أيامٍ أجزأه، ولو أدىٰ إلىٰ فقيرين مِنْوَيْن من الحنطةِ عن صلاةٍ أو صوم يوم لا يجزئه، ولهما أنَّ نيةَ الجمع والتعيينِ لاغيةٌ لتصادفها غير محلها؛ لأنَّ

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٥٤-٢٥٥، و«المبسوط» ٧/ ١٨، و«الهداية» ٢/ ٣٠٢، و«الاختيار» ٣/ ٢٠٢.

(٢) في (أ): (نص).

(٣) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٤٨، و«المبسوط» ٧/ ١٨، و«الهداية» ٢/ ٣٠٢، و«الاختيار» ٣/ ٢٠٢.

ٱعتبارَ النيةِ للتمييز بين الأجناسِ المختلفةِ لاختلاف الغرضِ فيها بخلافِ الجنسِ الواحدِ، وإذا لغتْ والمؤدىٰ صالحٌ للكفارةِ الواحدةِ؛ لأن التقدير بَنصفِ صاعٍ من البرِّ / ١٣١ب/ يمنعُ الزيادةَ وإنما يمنعُ النقصانَ فجعلناه عن واحدةٍ منهما ٱحتياطًا بخلاف فدية الصلاة والصوم فإنها مشتبهةٌ بصدقةِ الفطرِ من حيث إنها حقٌّ ماليٌّ فجاز فيها الجمعُ كما في صدقةِ الفطر، ويفارقها من حيث إنها حلف عما لا يتجزأُ وهو الصلاةُ والصيامُ ولم يجزِ التفريقُ ٱعتبارًا بالأصل بخلاف صدقةِ الفطر، ولا كذلك الكفارات لأنَّ كلاًّ منها إطعام عشرةِ مساكينٌ، وما أتىٰ به لا يزيدُ علىٰ إطعامِ عشرةِ مساكين، وما أتىٰ به لا يزيدُ علىٰ (إطعامِ)[1] عشرةِ مساكين، إذ النيةُ لغو لا ٱعتبارَ لها[2].

قال: (ولو أمره بإعتاقِهِ عنه علىٰ كذا جعلناه عن الآمر وإنْ لم يذكر البدلَ يجعله عنه، وقالا: عن المأمور) هاتان مسألتان:

أولهما: إذا قال له أعتقْ عبدَكَ هٰذا أعني: بألفِ درهم علىٰ فأعتقَه جاز عن الآمر ويلزمهُ الألفُ، وقال زفر رحمه الله[3]: (يقعُ العتقُ)[4] عن المأمورِ، والولاءُ له؛ لأنَّه هو المعتقُ وهٰذا الآمرُ غيرُ مفيدٍ لأن إعتاقَ الرجل ملك

---

(١) من (ب) و(ج).

(٢) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٥٤-٢٥٥، و«المبسوط» ٧/ ١٠، و«الهداية» ٢/ ٣٠٢، و«الاختيار» ٣/ ٢٠٢.

(٣) «المبسوط» ٧/ ١٠، و«إيثار الإنصاف» ص٣٧٨-٣٧٩، و«وسائل الأسلاف» ص٢٨٣-٢٨٥.

(٤) في (ب): (يعتق العبد).

نفسهِ عن غيره محالٌ إذ لا عتقَ في غير المملوكِ ولا يجوز إضمارُ التمليك هٰهنا فإنَّ الإضمارَ لتصحيحِ المذكورِ، ولو صَّرحَ بالتمليك هٰهنا لكان مبطلًا للكلامِ لا مصححًا، فإنه حينئذٍ يكون معتقًا عن الآمرِ عبدَ الآمر لا عبدَ نفسهِ، وهو إنَّما صرَّحَ بقوله: أعتقْ عبدَكَ.

ولنا[١]: أن تصحيحَ تصرفِ العاقل واجبٌ ما أمكن، ووجه التصحيح أنَّ المعنىٰ: ملِّكنىٰ عبدَكَ بألفٍ وأعتقه عني وهٰذا جائز؛ لأنَّ الملكَ بشرطِ العتقِ، والتمليكُ سببُ الملكِ فيصيرُ التمليكُ كالمذكورِ بذكرِ العتقِ المستلزمِ للملكِ كمن نذرَ أنْ يصليَ تلزمه الطهارةُ، أو يعتكفَ يلزمه الصومُ ويصيرُ كالمذكور، ولو قال: بعتكَ هٰذا العبدَ بكذا فقال المشتري: فهو حرٌّ. عُتِقَ على المشتري ويصيرُ القبولُ ثابتًا مقتضىٰ قولِهِ: فهو حرٌّ،ومراده بقوله عبدك هٰذا العبدُ، وأمَّا هٰذِه الإضافةُ لتعريفٍ في الحالِ لا إضافة الملك[١].

المسألة الثانية: إذا لم يذكر البدلَ فقال: أعتقْ عبدَكَ عنىٰ فأعتقهُ عتقَ عن المأمور عند أبي حنيفة[٢] ومحمد[٢] رحمهما الله، وقال أبو يوسف[٢] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يقعُ العتقُ عن الآمر والولاءُ له؛ لأنَّه ٱستوهبَهُ إياه في ضمنِ آمره بإعتاقِه عنه، والمأمورُ وهبَةُ إياه في ضمنِ إعتاقِهِ عنه فوقعَ الأمرُ كما لو ذكرَ للبدلِ، فإنَّ البيعَ والقبولَ يكون ثابتًا ضمنًا، والقبضُ المشروط في الهبةِ لثبوت الملك بها شرطٌ في الهبةِ المقصودةِ دون الضمنية؛ لأنَّ

---

(١) «المبسوط» ٧/ ١٠، و«إيثار الإنصاف» ص٣٧٨-٣٧٩، و«وسائل الأسلاف» ص٢٨٣-٢٨٥.

(٢) «المبسوط» ٧/ ١١، و«إيثار الإنصاف» ص٣٧٧-٣٧٨، و«وسائل الأسلاف» ص٢٨٥-٢٨٦.

هٰذِه الهبةَ ثابتةٌ في ضمن الإعتاقِ، والقبضُ ليس شرطًا فيه فلا يكون (شرطًا)[١] فيما يضمنه، وصار كقوله: أطعمُ عن كفارة يميني عشرةَ مساكين ولم يذكرِ القبضَ فإنه يقعُ عن الآمر إجماعًا، ولهما أنَّ الهبةَ المقدرة معتبرةٌ بالمحققةِ ولو ٱستوهبَهُ منه حقيقةً فوهبه إياه ثم أمرَهُ بإعتاقه عنه فأعتقَهُ وقع عن المأمور إجماعًا، فكذا الهبةُ شرطُ الضمنيةُ؛ وهٰذا لأنَّ القبضَ في الهبةِ زوالِ ملْكِ الواهب، وثبوت ملك الموهوب له مطلقًا بالنصِّ، والهبةُ لا تفيدُ الملكَ بدونه ولم يُوجد فلم يحصل الملكُ فاستحالَ العتقُ عنه؛ إذا لعتقٌ مستلزمٌ وجودَ الملك، فإذا أعتقه عن الآمر وهو ليس بملكِ الآمرِ تعيَّن أن يقعَ عن المأمورِ؛ لأنَّ ملكَهُ باقٍ فيه بخلافِ ما لو ذكر البدلَ إذِ البيعُ الضمني معتبرٌ بالقصدي، ولو قال: ٱشتريتُهُ منك فأعتقه عنىٰ فأعتقه صحَّ عن الآمرِ، وأما إطعامُ عشرةِ مساكين فانَّ الفقيرَ ثابتٌ في القبض أولًا، ثم يصيرُ قابضًا عن الكفارة، وأمَّا العبدُ فلا يصلحُ نائبًا عن الآمرِ في قبض نفسهِ، فإنه في ملكِ المولىٰ ويدُهِ فلا تظهرُ يده علىٰ نفسه مع ظهور يد المولىٰ، ولا المولىٰ يصلحُ نائبًا عنه في القبضِ أيضًا، علىٰ أن القبضَ فعلٌ حسيٌّ فلا يصحُّ أنْ يقدرَ في ضمنِ الإعتاقِ الذي هو تصرفٌ شرعيٌّ بخلافِ البيعِ فإنه تصرفٌ شرعيٌ، فجاز أنْ يضمنَ تصرفًا آخر شرعيًّا[٢].

---

(١) من (ب) و(ج).

(٢) «المبسوط» ٧/ ١١، و«إيثار الإنصاف» ص٣٧٧-٣٧٨، و«وسائل الأسلاف» ص٢٨٥-٢٨٦.

قال: (فإن لم يجدْ أحدُها صام ثلاثةَ أيامٍ ونشترطُ تتابعها).

هٰذا متعلقٌ بقوله (أو أطعمهم كالفطرةِ) وأقحم هٰذِه المسائلَ؛ لكونها من فروعِ الإطعامِ والإعتاقِ، ثم إذا لم يجدِ المكفر رقبةً يعتقها ولا ما يطعمُ عشرةَ مساكين أو يكسوهم فإنه يصومُ ثلاثةَ أيامٍ لقولِهِ تعالىٰ: ﴿ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍۚ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْۚ ﴾ [المائدة: ٨٩] والتتابعُ فيها شرطٌ[١].

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ليس بشرطٍ لإطلاق النصِّ، وإن كان من أصِلِه أنَّ المطلقَ يحملُ على المقيدِ إلَّا أنَّ النصوصَ تعارضتْ في التقييدِ فلم يمكنْ تقيد هٰذا الإطلاقَ ببعضها ترجيحًا من غير مرجح، فإنَّ الصيامَ في كفارةِ الظهار منصوصٌ على التتابع فيه وفي صوم المتعةِ في الحجِّ منصوصٌ على التفريق فتعذَّر الحملُ عليهما أو علىٰ أحدِهما فتعيَّن العملُ بالإطلاقِ.

ولنا[١]: قراءةُ ابن مسعودٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ (فصيامُ ثلاثةِ أيامٍ متتابعاتٍ)[٢] وهي كالخبرِ المشهور الذي يزادُ بمثله على الكتابِ /١٣٣أ/ وأمَّا صومُ المتعةِ صومٌ مضافٌ وجوبَه إلىٰ وقتٍ معينٍ، فلا يكون واجبًا قبله، لا يشترط التتابعُ ولا التفرقُ. ألا ترىٰ أنَّه لو نوى الإقامةَ بمكةَ سقط عنه صومُ السبعة، وإثباتُ الخلافِ فيه من الزوائد[١].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١١٣، و«البحر الرائق» ٤/ ٣١٥، و«اللباب» ٤/ ٨.

(٢) قال في «الإرواء»: الحديث أو القراءة ثابت عن هٰؤلاء الصحابة ابن مسعود وابن عباس وأبي الدرداء ٨/ ٢٠٤ حديث ٢٥٧٨. .

قال: (ونعتبرُ الوجدانَ وعدمَه وقتَ الأداءِ لا[١] الوجوب).

الواجد يكفِّرُ بالمال، وغيرُ الواجدِ يكفِّرُ بالصيام، والمعتبرُ في (ذلك)[٢] وقتُ الأداءِ.

وقال الشافعيُّ[٣]: وقتُ الحنث الذي (به)[٤] يثبت الوجوب ، والأداء يجب علىٰ حسب الواجبِ فصار كالعبد إذا زنىٰ ثم أُعتِقَ فإنه يقام عليه حدُّ العبيد.

ولنا[٥]: أنَّ المعتبرَ وقتُ الأداءِ. فإنَّ التكفيرَ بالصوم بدلٌ عن التكفير بالمالِ، ألا ترىٰ أنَّه لا يُشرعُ مع القدرةِ عليه، ولا يجوز أداءُ البدلِ إلَّا عند العجز عن أداءِ الأصل علىٰ مثالِ التيمم مع الوضوءِ، بخلاف الحدِّ؛ لأنَّ حدَّ العبيدِ ليس بدلًا عن حدِّ الأحرارِ؛ لجواز المصيرِ إليه مع القدرةِ علىٰ إقامة حدِّ الأحرار.

قال: (ولا نجيز التكفير بالمال قبلَ الحنثِ).

إذا كفَّرَ عن يمينه بالمال قبلَ أن يحنثَ فيها لا يجوز[٦].

وقال الشافعي رحمه الله[٣]: يجوز؛ لأنَّه أتىٰ بها بعد انعقادِ سببها فأجزأتْ عنه، كما إذا صلَّىٰ أولَ الوقت عند من تعلق الوجوبُ بآخره، وكتعجيلِ

---

(١) في (ب): (وقت). (٢) من (ب) و(ج).

(٣) «الأم» ٦/ ٢٩١، و«التنبيه» ص١٩٩، و«حلية العلماء» ٧/ ٣٠٥-٣٠٦، و«روضة الطالبين» ٨/ ١٧.

(٤) من (ج).

(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٠٧، و«المبسوط» ٨/ ١٤٧-١٤٨، و«فتح القدير» ٥/ ٨٢، و«اللباب» ٤/ ٨.

(٦) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٤٦-٢٤٧، و«المبسوط» ٨/ ١٤٧، و«وسائل الأسلاف» ص٢٧٩-٢٨١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١١٣، و«درر الحكام» ٢/ ٤٢.

الزكاة بعد ملكِ النصاب قبل الحَوْلِ، وهٰذا لأنَّ اليمينَ سببٌ لوجوب الكفارةِ بدليل إضافةِ الكفَّارةِ إليها، وهو دليلُ السببية كزكاةِ المال وحجِّ البيت. قال تعالىٰ: ﴿ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيۡمَٰنِكُمۡ﴾ [المائدة: ٨٩] فصار كالتكفيرِ بعد الجرحِ قبلَ الموت.

ولنا: أنَّه أدَّاها قبلَ ٱنعقادِ سببها فلم تجزْ عنه؛ وهٰذا لأنَّ اليمينَ المنقوضةَ بالحنث هي السببُ لا مطلقَ اليمين؛ لأنَّ الكفارةَ شُرعتْ ساترةً وطهرةً لجناية هتك حرمة الٱسم، وقيل: النقضُ ليس فيها جنايةً بوجهٍ ولا كفارةً بدون ما هو جنايةٌ من وجهٍ، فإذا ٱنقضت بالحنث صارت جنايةً من وجه فترتب عليها الكفارةُ، وهٰذا تكفيرٌ قبل الجناية فلم يصحّ، وتدلُّ عليه قراءةُ ابن مسعود رضي الله عنه: (كفارة أيمانكم إذا حنثتم). بخلاف ما ٱستشهد به؛ لأنه تكفيرٌ بعد وجوب سبب الوجوب؛ لأنَّ سببَ وجوبِ الكفارةِ عليه فعلُه، والجرح المفضي إلى الموت غالبًا فعلُه، بخلافِ مطلقِ اليمين فإنَّها ليست بسببٍ؛ لعدم كونها جنابةً من وجهٍ[1].

قال: (ولا نوجبُ بيمينِ (الكافرِ)[2] كفارةً).

إذا حلفَ الكافرُ باللهِ فهي يمينٌ صحيحةٌ عند الشافعيِّ رحمه الله[3]، وإذا حنثَ فيها تجبُ عليه الكفارةُ بالمالِ دون الصومِ؛ لأنَّ الكفارةَ وجبت لما تحقَّقَ من الهتكِ، والكافرُ أهلٌ للمؤاخذاتِ، وما هو المقصودُ من

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٤٦-٢٤٧، و«المبسوط» ٨/ ١٤٧، و«وسائل الأسلاف» ص٢٧٩-٢٨١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١١٣، و«درر الحكام» ٢/ ٤٢، و«وسائل الأسلاف» ص٢٧٩-٢٨١،

(٢) في (أ): (الكفار).

(٣) «التنبيه» ص١٩٩، و«روضة الطالبين» ٨/ ٢٢.

التكفير وهو دفعُ الهتك ممكن في حقِّه بإيجاب ما يصح منه إيقاعه وهو الإعتاق والإطعام والكسوة دون مالا يصح شرعًا وهو الصومُ؛ وهٰذا لأن الإعتاقَ ليس بعبادة وضعًا، بل هو إسقاطُ مالية، وما تضمنه من معنى العبادة يقبل الفصل عنه، بخلاف الصوم.

ولنا[١]: أن الكفارةَ قربةٌ، والكافرُ ليس من أهل القربات. أما الصومُ فظاهرٌ، وأما الإعتاقُ (وأخواه)[٢] فمعنى العبادة ظاهر فيها بدليل أن الصومَ الذي هو خلف عنه عبادةٌ، والخلفُ يؤدي مؤدى الأصل، ومعناه أنه قابل للفصل.

قلنا: ولٰكن معنى التكفير إنما يحصل بما تضمنه من معنى العبادة، إذ لولا ذلك لما تأدى التكفيُر بالصوم؛ وهٰذا لأن معنى التكفير تغطيةُ الذنب وستُره، وذلك بواسطة ثواب الطاعة (والعبادة)[٣] المؤداة؛ ليكون الإتيان بها ماحيًا لتلك السيئة. قال الله تعالىٰ: ﴿ إِنَّ ٱلْحَسَنَٰتِ يُذْهِبْنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ ﴾ [هود: ١١٤].

قوله: مؤاخذة. قلنا: سميت بذلك نظرًا إلى السبب لا إلىٰ ذاتها، فإن العبادةَ منها ما شرع ٱبتلاءً ٱبتداء، ومنها ما شرع ليكون ماحيًا لذنبٍ، فالثاني تصدق عليه العبادة باعتبار الذات والمؤاخذةُ باعتبار السبب، وذلك لا ينافي وقوع التكفيرِ بما تضمنه من معنى العبادة والقربة[١].

---

(١) «المبسوط» ٨/١٤٦، و«بدائع الصنائع» ٣/١٩-٢٠، و«الهداية» ٢/٣٥٨-٣٥٩، و«مجمع الأنهر» ١/٥٤٢، و«اللباب» ٤/٩.

(٢) في (ب): (وأخواته).

(٣) في (ب): (والعبادات).

قال: (ويستوي العامدُ والناسي والمكرهُ في اليمين، وفي فعل المحلوف عليه).

إذا قصد اليمينَ أو أكرهَ عليها أو نسيها وجبت الكفارةُ بالحنث؛ لقوله ﷺ: « **ثلاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ وهَزْلِهُنَّ جدٌّ: النكاحُ والطلاقُ، واليمينُ** »(١).

وصورة الناسي في اليمين: أن يحلف أن لا يحلف ثم نسي الحلفَ السابق فحلفَ، فكونُه ناسيًا لا يمنع ٱنعقاد اليمين الثانية، فهٰذِه اليمينُ محلوفٌ عليها بالنسبة إلى اليمين الأولىٰ وهي في ذاتها يمينٌ، فبمجرد اليمينِ الثانية صار جانيًا في الأولىٰ فتجب الكفارةُ، ثم إذا باشر المحلوفَ عليه في اليمين الثانيةِ يحنث ثانيةً، فتجب كفارةٌ أخرىٰ، وكذلك المحلوف عليه إذا فعله مُكرهًا أو فعله ناسيًا فهو سواء؛ لأن الفعلَ الحقيقيَّ لا يصير بالإكراه معدومًا، فالشرطُ هو الفعل. وكذا إذا فعله وهو مغمىٰ عليه أو مجنونٌ لتحقق الشرط حقيقةً، وإن كان شرعيةُ الكفارة للطهرة عن الذنب، ولا إثمَ علىٰ الناسي /١٣٣ب/ والمكره إلَّا أنَّ الحكمَ هٰهنا أدير علىٰ دليله وهو الحنثُ لا علىٰ حقيقةِ الذنبِ(٢).

قال: (ولا يصح يمينُ الصبيِّ والمجنونِ والنائمِ).

وهٰذِه زوائد، ودليل ذلك مَرَّ في الطلاق(٣).

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) «الهداية» ٢/ ٣٥٥-٣٥٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٧-٢٧٨، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٠٤-٣٠٥.

(٣) «بدائع الصنائع» ٣/ ١٩-٢٠، و«الهداية» ٢/ ٣٥٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٨، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٠٥، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٤٢.

فصل فيما يكون يمينًا وفيما لا يكون

قال: (ويحلف بالله تعالىٰ وبأسمائهِ بحروف القسم: الواو والتاء والباء، وقد تُضمرُ فتنصبُ الٱسمَ وتخفضُ، وبصفات ذاته إلَّا العلم، ولو حلف بغير ذلك لم يكن يمينًا).

حروف القسم: الواو، والباء، والتاء، ورد بها القرآنُ المجيدُ، (كقوله تعالىٰ)[١]: ﴿ وَٱللَّهِ رَبِّنَا ﴾ [الأنعام: ٢٣]. ﴿ وَيَحْلِفُونَ بِٱللَّهِ ﴾ [التوبة: ٥٦]. وكقوله ﴿ تَٱللَّهِ لَقَدْ أَرْسَلْنَآ ﴾ [النحل: ٦٣].

واللامُ تبدل من الباءِ فلو حلف فقال: لله. كان يمينًا في المختار.

قال الله تعالىٰ: ﴿ ءَامَنتُم بِهِۦ ﴾ [البقرة: ٣٧] و﴿ ءَامَنتُمْ لَهُۥ ﴾ [طه: ٧١] وبين اللام الدالةِ على الٱختصاص، والباء الدالة على الإلصاق من المناسبة ما سوغ وقوع (الكلام)[٢] موقعها، والأصلُ أنَّ حرف (اللام)[٣] موضوعة للإلصاق، والواو بدل عن التاء لما في الواو من (معنىٰ)[٤] الجمع الذي يلازم الإلصاق، والتاءُ بدلٌ من الواو كقولهم: تراث وتجاه. ولأصالة الباء في هٰذا البابِ دخلت على ٱسم الله تعالىٰ وسائر أسمائه في الكناياتِ كقولك: لأفعلنَّ. ولكون الواو بدلًا منها ٱختصت بالأسماءِ الصريحة دون الكناية، وكون التاءِ بدلًا عن البدل ٱختصت باسم اللهِ وحدَهُ، ولا تدخل سائر الأسماء ولا على الكناية. وهٰذه

(١) من (ب).
(٢) في (ب) و(ج): (اللام).
(٣) في (ب) و(ج): (الباء).
(٤) من (ب).

الحروف تذكر ظاهرة، وقد تكون مضمرةً، وزاد تنبيهًا علىٰ ذلك أن لك في الأسم النصبَ علىٰ إسقاط الخافض، والجرَّ علىٰ حاله؛ ليكون دالا على المراد، والنبيُّ ﷺ حلَّفَ الذي طلَّق ٱمرأتَه البتة: «**آللهِ ما أردتَ بالبتةِ إلَّا الواحدة؟**»[١].

والحذفُ سائغٌ في العربية تخفيفًا[٢].

والحلفُ في الإثبات: واللهِ لقد فعلتُ، ولأفعلنَّ كذا -باللام و بالنون- حتىٰ لو قال: واللهِ لأفعلُ كذا اليوم. من غير تأكيدٍ فلم يفعله لم تلزمه كفارةٌ؛ لاختصاص الحلفِ في الإثباتِ بالتأكيد لغة[٣].

والحلف في النفي: واللهِ ما فعلتُ كذا ولا أفعلُ كذا، وإنما كان الحلفُ بالله تعالىٰ دون غيره؛ لقوله ﷺ: «**من كان حالفًا فليحلف باللهِ أو ليذر**»[٤]؛ ولأن تعظيم اسمه[٥] تباركَ وتعالىٰ فرضٌ، وهتكَه معصيةٌ، والحلفُ بأسمائه كالرحمن والرحيم منعقدٌ نظرًا إلى العرفِ، وهل يحتاج الحالفُ بها إلى النيَّةِ؟ قيل: يحتاج إليها فيما ينطلق علىٰ غيره تعالىٰ كالحكيم والحليم والعليم، فتكون النيةُ مميزةً.

---

(١) رواه أبو داود (٢٢٠٨)، والترمذي (١١٧٧)، وابن ماجه (٢٠٥١)، وضعفه الألباني في «الإرواء» (٢٠٦٣).

(٢) «الهداية» ٢/ ٣٥٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٨، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٤٢-٥٤٣، و«اللباب» ١/ ٥٤٢-٥٤٣.

(٣) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٤٣، و«المبسوط» ٨/ ١٣١، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٠٥، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٧٢٣-٧٢٥.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) في (ب): (اسم ربه).

وقيل: لا يحتاج إلى النية (في الحلفِ بجميع أسمائه؛ لأنَّ الحلفَ بغير الله تعالىٰ لا يكون، والظاهرُ من الحالف أنه قصد يمينًا)[(١)] صحيحةً فتحمل عليه، فيكون حالفًا إلَّا أن ينوي غير الله تعالىٰ؛ لأنه نوىٰ محتمل كلامه[(٢)].

وعن محمدٍ[(٣)] رَحِمَهُ اللَّهُ: وأمانةُ اللهِ تعالىٰ يمينٌ. وسئل عن معناه، فقال: لا أدري. وكأنه وجد العربَ يحلفون بذلك عادةً فجعله يمينًا.

وعن أبي يوسف[(٣)] رَحِمَهُ اللَّهُ: ليس بيمينٍ؛ لاحتمال أنه أراد الفرائض. ذكره الطحاويُّ[(٤)].

واليمنُ منعقدٌ بصفة من صفات ذاته، أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفًا كعزةِ اللهِ وجلالِه وكبريائه؛ لأن اليمين بها متعارفٌ، ولأن معنى اليمين وهو الحملُ على الفعل أو المنع منه[(٥)] بواسطة ٱعتقاد تعظيم ٱسم الله تعالىٰ وصفاته حاصلٌ، فصلح ذكرُه يمينًا[(٦)].

وإنما ٱعتبرنا العرف في الصفة؛ لأن الصفةَ تذكر (ويراد نفسها، وتذكر)[(٧)] ويراد أثرها فإذا تُعورِفَ الحلفُ بها تعينت إرادةُ نفسِ الصفةِ دونَ أثرِها. أمَّا ٱسمُ الله تعالىٰ فلا ٱحتمال فيه غير ما يدل عليه فلم يعتبر

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «بدائع الصنائع» ٣/ ١٣-١٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٤٣، و«حاشية ابن عابدين» ٣/ ٧١٥-٧١٦.

(٣) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٤٠، و«مختصر الطحاوي» ص٣٠٦، و«المبسوط» ٨/ ١٣٣، و«فتح القدير» ٥/ ٧١.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٦.

(٥) من (ب).

(٦) «المبسوط» ٨/ ١٣٢-١٣٣، و«الهداية» ٦/ ٣٥٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٩، و«اللباب» ٤/ ٥.

(٧) من (ب) و(ج).

فيه العرف. ثم الصفاتُ منها صفاتُ الذات ومنها صفاتُ الفعل، فما وصف به تعالىٰ ولم يجز أن يوصف بضده فهو صفةُ ذاتٍ كالقدرة والعزة والعلم والعظمة والحياة والسمع والبصر، وما يوصفُ به وبضده فهو من صفاتِ الفعل كالرحمةِ والرأفة والسخط والغضب، فما كان من صفات الذات إذا حلف به كان يمينًا؛ لأن صفاته (تعالىٰ كانت)[1] قديمة فما وقع (به)[2] التعارفُ منها في الأيمان صار ملحقًا بالاسم والذات فيكون يمينًا؛ (ولهٰذا ٱستثنى العلم؛ لأنه لم يقع التعارفُ بالحلِفِ به، حتىٰ قال عامةُ مشايخنا: لا يكون يمينًا)[3] وإن نواه لعدم التعارف[4].

وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله: يكون يمينًا كغيره من الصفات؛ ولأن ذكر صفات الذات، كذكرِ الذات، فإن قوله: وقدرةِ الله تعالىٰ كقوله: واللهِ القادرِ. وهٰذا هو القياسُ في العلم؛ لأنه من صفات الذات إلَّا أن العادةَ جاريةٌ بأن يذكر العلمُ ويراد المعلومُ، ومعلومُ الله تعالىٰ غيره، ولقائل أن يقول: إن الحالفَ بقدرة الله حالفٌ مع أن القدرة تذكر ويراد بها المقدور، يقال: ٱنظر إلىٰ قدرةِ الله[5].

والجوابُ: أن القرينةَ هي الصارفةُ للفظ عن دلالته علىٰ حقيقة الوصف، وهو قوله: ٱنظر إلىٰ قدرة الله تعالىٰ، إذ القدرةُ لا تُعَايَنُ،

---

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (فيه).

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «المبسوط» ٨/ ١٣٣، و«بدائع الصنائع» ٣/ ١١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٠٩-١١٠، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٠٦-٣٠٧.

(٥) «المبسوط» ٨/ ١٣٣، و«بدائع الصنائع» ٣/ ١١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٠٩-١١٠، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٠٦-٣٠٧.

فالمعنى: ٱنظر إلىٰ أثر قدرةِ الله تعالىٰ بحذف المضافِ، وعند عراء اللفظ عن قرينة صارفة، فإن اللفظ عند الإطلاق ينصرفُ إلى القدرة التي هي صفة قائمةٌ بذات الله /١٣٤أ/ وهي صفة تعورف الحلفُ بها بخلاف العلمِ فإنه يذكر ويراد (به)(١) المعلومُ من غير قرينةٍ صارفةٍ مع عدم التعارفِ، والمعلومُ غيرُ العلمِ، والحلف بغير الله تعالىٰ وصفاته لا يجوز(٢)، وقدْ قال (العلامة)(١) النسفيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن التخصيصَ بصفاتِ الذاتِ غيرُ مستقيمٍ علىٰ مذهبِ أهلِ الحقِّ، فإنَّ الصفاتِ كلَّهَا قديمةٌ (قائمة)(٣) بذاته تعالىٰ، والصحيحُ ما قاله محمدٌ(٤) رَحِمَهُ ٱللَّهُ إن هٰذِه الأشياءَ تذكر ويراد بها غير الصفةِ، فلهذا لم يصر حالفًا بالشك، فإنَّ الرحمةَ تذكر ويراد بها المطرُ والنعمةُ، وتذكر ويراد بها الجنةُ قال تعالىٰ: ﴿فَفِى رَحْمَةِ ٱللَّهِ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٧] والسخطُ والغضب يراد بهما ما يقع من العذاب في النار، والرضا يراد به ما يقع من النعيم في الجنة، فصار حالفًا بغير الله تعالىٰ من هٰذا الوجه، ثم الحلفُ بغير ذلك ليس بيمينٍ -أعني: بغير الله تعالىٰ وأسمائِه وصفاته- وهٰذا كما إذا حلفَ بالكعبةِ أو بالنبيِّ ﷺ؛ لقوله ﷺ: «**من كان منكم حالفًا فليحلف بالله أو ليذر**». ولأنَّ اليمينَ إنَّما ٱختصَّ باسم الله تعالىٰ وصفاته وأسمائه؛ تعظيمًا له تعالىٰ، فلا ينبغي أن يحلفَ بغير الله، تحرزًا عن شبهة الشرك(٥).

---

(١) من (ب).
(٢) «الهداية» ٢/ ٣٥٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٠، و«درر الحكام» ٢/ ٤٠، و«اللباب» ٤/ ٥.
(٣) من (ب) و(ج).
(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٦، و«المبسوط» ٨/ ١٣٣-١٣٥، و«الهداية» ٢/ ٣٥٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٧٩-٢٨٠.
(٥) في (ج): (الإشراك).

وعلىٰ هٰذا إذا حلف بالقرآن؛ لأنَّ الحلفَ به غيرُ متعارفٍ فإنَّه يذكر ويراد به الصفةُ القائمةُ (بذاته)[١]، ويذكر ويراد ما يدلُّ على الصفةِ القائمةِ لا بذاته تعالىٰ ولا عرف بعين الصفة، فكان مترددًا في نفسه فلا ينعقد به اليمينُ، أمَّا لو حلف فقال: وكلام الله تعالى القديم، أو كلام الله تعالى القائم بذاته ينعقد؛ لارتفاع التردد[٢].

قال صاحبُ «الهداية»[٣]: ومعنىٰ ذلك أن يقولَ: والنبيِّ، والقرآنِ. أمَّا لو قال: أنا بريءٌ منه يكون يمينًا؛ لأن التبرؤ منهما كفرٌ، وتقرير هٰذا أن التبرؤَ من النبيِّ والقرآن كفرٌ، فإذا علَّق به فعلًا أو تركه فقد اعتقد أنَّ فعلَ ذلك أو تركه واجبٌ، ولا يجوزُ أن يكونَ واجبًا لذاته بل واجبًا لغيره وهو اليمينُ فكان، كقوله: «والله» فكان يمينًا[٤].

قال: (ولو قال: وحقِّ اللهِ يجعله يمينًا).

قال أبو يوسف[٥] رَحِمَهُ اللهُ في روايةٍ عنه: إذا حلف فقال: وحقِّ الله لأفعلنَّ كذا انعقد يمينًا. وفي روايةٍ أخرىٰ عنه وهو قولُ أبي حنيفة[٥] ومحمدٍ[٥] رحمهما الله عنهما: لا ينعقدُ يمينًا.

---

(١) في (جـ): (بذات الله تعالىٰ).

(٢) «بدائع الصنائع» ٣/ ١٦، و«الهداية» ٢/ ٣٥٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٠، و«اللباب» ٤/ ٥.

(٣) «الهداية» ٢/ ٣٥٦.

(٤) «فتاوىٰ قاضيخان» ٤/ ٢٦٩، و«الهداية» ٢/ ٣٥٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١١١، و«اللباب» ٤/ ٥.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٦، و«المبسوط» ٨/ ١٣٣-١٣٤، و«بدائع الصنائع» ٣/ ١٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١١١، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٤٦.

وجه الأولىٰ: أن الحقَّ من صفاته تعالى الذاتيةِ وهو حقيقةٌ فينزل (منه)[1] منزلةَ قوله: واللهِ الحقّ، (والحلفُ بهٰذا متعارفٌ والإضافة بمنزلته.

وجه الأخرىٰ: أنَّ حقَّ الله يذكر ويراد به طاعته، إذ الطاعاتُ حقوقه فتكون حلفًا بغيرِ الله فلا تنعقدُ بخلاف قوله: واللهِ الحقِّ)[2]. إذ أجراه صفةً على الأسمِ مما يقطع هٰذا لاحتمالُ، ولو قال: واللهِ والحقِّ معرِّفًا كان يمينًا، لأنَّه اسمٌ من أسماء الله تعالىٰ، ولو قال حقًّا منكرًا لم تنعقد؛ للاحتمال أن يرادَ به تحقيقُ (الوعد)[3][4].

قال: (واليمينُ بوجهِ اللهِ ليس بيمينٍ ويخالفُه).

قال أبو حنيفة[5] رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا حلف فقال: ووجهِ اللهِ لم يكن يمينًا.

وقال أبو يوسف[6] رَحِمَهُ اللَّهُ: هو يمينٌ؛ لأنَّ وجه اللهِ تعالىٰ تعالىٰ ذاتُه، قال تعالىٰ: ﴿كُلُّ شَيْءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجْهَهُۥ﴾ [القصص: ٨٨].

وله[6]: أنه يُطلَقُ ولا يُرادُ به الذاتُ ولا الصفةُ كقولك: فعلتُ ذلك أبتغي به وجه الله. فإنه لا يُراد به الصفةُ ولا الذاتُ، وإذا استعمل في غير الذات، والصفة وقع الشكُّ في انعقاد اليمين فلا ينعقد بالشكِّ.

---

(١) من (ج).
(٢) ساقطة من (ب).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٦، و«المبسوط» ٨/ ١٣٣-١٣٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٤/ ٢٦٧، و«بدائع الصنائع» ٣/ ١٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١١١، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٤٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٢-٢٨٣.

(٤) في (ب): (الوعيد).

(٥) «المبسوط» ٨/ ١٣٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١١١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٤/ ٢٦٧، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٢-٢٨٣.

(٦) «المبسوط» ٨/ ١٣٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٤/ ٢٦٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٣، و«البحر الرائق» ٤/ ٣١٠.

قال: (وجعلنا أشهدُ وأُقسمُ وأحلفُ أيمانًا، كقوله: أشهد بالله).

إذا قال أشهدُ أو أحلفُ أو أُقسمُ من غير أن يقولَ أشهدُ باللهِ أو أقسمُ بالله يكون يمينًا[١] خلافًا لزفر[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ، وقوله: أَشهدُ بالله يمينٌ بالإجماع، هكذا نصَّ على الخلاف في «المنظومة»[٣].

وذكر صاحبُ «إشارات الأسرار» إذا قال: أشهدُ أو أشهدُ باللهِ فهو يمينٌ خلافًا لزفر[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ، وعلَّل له بأنهما مختلفان، فإن الشهادةَ حجةُ المدعي واليمينُ حجة للدفع، فلم تكن الشهادةُ في معنى اليمين، وكذا إذا أكَّد بقوله: باللهِ؛ لأنه تأكيدٌ للشهادة.

ولنا: أنَّ الشهادةَ في عرفِ اللسان تستعمل لليمين، كقول العرب: حدُّ شهادته. أي: يمينه، وفي الشهادة معنى الإيجاب فكان يمينًا، ولزفر[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ على القول الأول أن المحلوفَ به عند الإطلاق غيرُ متعينٍ فلا ينعقدُ اليمينُ بالشكِّ، فإذا قال: بالله. تعين.

ولنا[٢]: أنَّ الحِلفَ بغيرِ الله غيرُ مشروعٍ، والظاهرُ أن[٤] من الحالف إرادة ما هو المشروعُ فينصرفُ عند الإطلاق إليه، وهٰذِه الألفاظ أيمانٌ قال تعالىٰ: ﴿ يَحْلِفُونَ لَكُمْ لِتَرْضَوْا عَنْهُمْ ﴾ [التوبة: ٩٦]، ﴿ إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ ﴾ [القلم: ١٧]، ﴿ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ ﴾ [المنافقون: ١]، ثم قال: ﴿ اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً ﴾ [المنافقون: ٢].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٥، و«الهداية» ٢/ ٣٥٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١١٠، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٢.

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٣٧-٢٣٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١١٠، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٢، و«درر الحكام» ٢/ ٤٠.

(٣) «المنظومة» لوحة (١٠٦).

(٤) في (ج): (له).

قال: (ويجوز بعهدِ الله وميثاقه وعليَّ نذرٌ. ونذر لله).

لأنَّ العهدَ يمينٌ. قال الله تعالىٰ: ﴿وَأَوۡفُواْ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ﴾ [النحل: ٩١] والميثاقُ عبارةٌ عن العهدِ، وكذا قوله: وعليَّ نذر. أو نذرُ لله[١]؛ لقوله ﷺ: «من نَذَرَ نَذْرًا ولم يسم فعليه كفارةُ يمين».

قال: (أو إن فعل كذا فهو يهودي، أو نصراني، أو كافرٌ، أو بريءٌ من الله نجعله يمينًا).

قال الشافعي[٢] رحمه الله: إذا قال الرجل: إن فعلتُ كذا فأنا يهودي، أو نصراني، أو كافرٌ، أو بريءٌ من الله -ولفظ البراءة زائدٌ منقول من «الوجيز»[٣]- لم يكن يمينًا ولا يكفر بالإجماع.

وعندنا[٤]: هو يمين يجب بالحنث فيها الكفارةُ، له أنَّ اليمينَ التي تجب بها الكفَّارةُ منحصرة شرعًا في اليمين بالله أو بما يحلف به من صفاته وأسمائه عرفًا، والموجود منه ليس يمينًا بالله ولا بشيء من صفاته فلا تنعقد موجبةً للكفارة. ولنا أنه لما جعل الشرطَ علمًا على الكفر فقد اعتقده واجبَ الامتناع، والامتناع ليس بالذات فوجب أن يكون بواسطة وقد أمكن جعلُ الوجوبِ باليمين كما نقول في تحريم الحلال فكان

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٥، و«فتح القدير» ٥/ ٧٥-٧٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٠٥، و«اللباب» ٤/ ٧.

(٢) «التنبيه» ص١٩٣، و«الوجيز» ٢/ ٢٢٣، و«حلية العلماء» ٦/ ٢٤٦-٢٤٧، و«روضة الطالبين» ٨/ ٨.

(٣) «الوجيز» ٢/ ٢٢٣.

(٤) «المبسوط» ٨/ ١٣٤، و«الهداية» ٢/ ٣٥٧، و«الاختيار» ٤/ ٢٨١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١١٠-١١١.

يمينًا، وقد روى ابن عباس رضي الله عنه: من حلف باليهودية والنصرانية فهو يمينٌ، ولو كان قال ذلك لشيء قد فعله في الماضي فهو الغموسُ. وهل يكفر؟ قيل: لا يكفر، اعتبارًا للماضي بالمستقبل، وقيل: يكفر؛ لأنه تنجيز معنىً فصار كما نجز فقال: هو يهودي.

قال صاحبُ «الهداية»[(١)]: والصحيحُ أنَّه لا يكفرُ فيهما إنْ كان يعلم أنه يمينٌ، وإن كان عنده أنه يكفرُ بالحنث يكفر فيهما؛ لأنه رضي بالكفر حين أقدم على الفعل.

قال: (أو فعليه غضبُ اللهِ، أو هو زانٍ، أو شاربُ خمرٍ، أو سارقٌ، أو آكلُ ربا، فليس بحالف).

لأنَّ قوله: (فعليه غضبُ الله) دعاءٌ علىٰ نفسهِ، والدعاءُ لا يتعلق بالشرط؛ لأنَّ الشرطَ ماله أثرٌ في وجودِ (الجزاءِ عند وجودهِ؛ لتعلقه به، ولا أثر لوجودِ الشرط مع عدم المعصية في وجودِ)[(٢)] الغضب، ولا لعدم الشرط مع وجودِ المعصيةِ في عدمِ الغضب، فعلم أنَّ الغضبَ من مسببات المعصية لا من مسبباتِ التعليق، وكذلك لا أثرَ للتعليقِ في وجودِ هٰذِه الأفعال، فإنَّ وجودهَا بأسبابٍ أخرىٰ[(٣)].

قال: (أو حرَّم علىٰ نفسه شيئًا مما يملكه كان يمينًا).

إذا حرَّم علىٰ نفسه شيئًا ممَّا يملكه لم يصر بتحريمه حرامًا، ولكنه يمينٌ، إذا فعل شيئًا ممَّا حرَّمه يكفر يمينه؛ لأنَّ اللفظ صريحٌ في إثباتِ

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣٥٧.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) «المبسوط» ٨/ ١٣٥، و«الهداية» ٢/ ٣٥٨، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٤٦، و«اللباب» ٤/ ٧.

الحرمةِ، والحرمةُ لا تثبت لعينها، وقد أمكن إثباتُها لغيرها (وهو إثباتٌ)[١] موجبُ اليمينَ فينصرفُ إليه، فإذا فعل شيئًا مما حرّمه علىٰ نفسهِ قليلًا كان أو كثيرًا حنث ووجبت الكفارةُ؛ لأنَّ التحريمَ مطلقٌ فيتناول كلَّ جزءٍ من أجزائه[٢]، وهو المعنيُّ بقول القدوري[٣] رحمه الله: (وعليه أن ٱستباحَهُ كفارةْ يمينٍ، أطلق الٱستباحة وإن لم تكن حرامًا علىٰ وجه التسامح نظرًا إلى ٱعتقاد الحالف.

قال: (أو قال: كلُّ حلالٍ عليَّ حرامٌ ٱنصرفَ إلى الطعامِ والشراب إلَّا أن ينويَ غيرَ ذلك، وقيل يُفتىٰ بوقوع الطلاقِ به من غير نيةٍ).

القياس في هٰذِه المسألةِ ما ذهب إليه زفرُ[٤] رحمه الله وهو الحنثُ عقيب الفراغ من هٰذا الكلامِ؛ لأنَّه باشر فعلًا مباحًا له كالتنفس ونحوه فيحنث.

والاستحسانُ هو ما ذهب إليه أصحابُنا[٤]؛ لأنَّ المقصودَ من اليمينِ إنما هو البرُّ، ولا يتحصل إلا[٥] إذا حُمِلَ اللفظُ علىٰ عمومه، وعند سقوطِ ٱعتبارِ العمومِ وجب الحملُ علىٰ ما هو المتعارفُ عادةً، وهو الطعامُ والشرابُ، ولا يتناول المرأةَ إلَّا بالنية وإذا نواها كان ذلك إيلاءً، كأنه قال: واللهِ لا أقربُك. ولا يُصرفُ اليمينُ عن المأكولِ والمشروب، ونظير ذلك إذا قال: عَمرةٌ طالقٌ. وله ٱمرأةٌ معروفةٌ بهٰذا

---

(١) في (ج): (وهٰذا بيان).

(٢) «الهداية» ٢/ ٣٥٩، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١١٤.

(٣) «الكتاب» ٤/ ٩.

(٤) «الهداية» ٢/ ٣٥٩، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٣، و«اللباب» ٤/ ١٠.

(٥) من (ب).

الأسم، فقال لي أمرأة أخرى أسمها عَمْرة: عنيتها باليمين طُلقت تلك بإرادته، وهٰذِه بظاهر لفظه، وكذا هٰهنا يدخل المطعومُ والمشروبُ بظاهرِ اللفظ، والمرأةُ بالنية، وهكذا هو جوابُ الروايةِ. وذكر صاحبُ «الهداية»[(١)] أنَّ مشايخنا رحمهم الله (قالوا)[(٢)]: يقع به الطلاقُ من غير نيةٍ؛ لغلبة الأستعمال، وعليه الفتوىٰ، فالتنبيه من زوائد الكتاب[(٣)].

قال: (وإذا أوصل بيمينه: إن شاء الله (فلا حنثَ عليه).

إذا حلف بيمينٍ وقال متصلًا بها: إنْ شاء اللهُ لم يحنثُ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**من حلفَ علىٰ يمينٍ وقال: إنْ شاء الله)**[(٤)] **فقد برَّ في يمينهُ**»[(٥)]، يريد عدمَ الحنثِ؛ لأنَّ البرَّ يبتني على أنعقاد اليمين ولم ينعقد، إلَّا أنَّ الإيصالَ باليمين شرطٌ؛ لأنَّ الأستثناءَ بعد الفراغِ عن اليمينِ رجوعٌ، والرجوعُ في التصرفاتِ اللازمةِ غيرُ مقبولٍ[(٦)].

قال: (ومن نذَرَ نذرًا مطلقًا لزمه الوفاءُ به، والصحيحُ في المعلق[(٧)] بشرط لا يراد لزومُ الكفارةِ، وفي المراد الإيفاء،

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣٥٩.

(٢) في (ج): (فالواجب).

(٣) «الهداية» ٢/ ٣٥٩، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٣، و«البحر الرائق» ٤/ ٣١٨، و«درر الحكام» ٢/ ٤٢-٤٣.

(٤) ساقطة من (ب).

(٥) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٣٠١: غريب بهٰذا اللفظ. ا.هـ ورواه الترمذي (١٥٣١) بلفظ: «**فلا حنث عليه**».

(٦) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٨، و«المبسوط» ٨/ ١٤٣، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٢٢، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٤٨.

(٧) في (ب): (المطلق).

ووافقه).

إذا نذر نذرًا مطلقًا -أي: غير معلقٍ بشرطٍ - كما إذا قال: للهِ عليَّ كذا. يلزمه الوفاءِ بما سمَّاه؛ ولقوله ﷺ: « **من نذر نذرًا وسمَّىٰ فعليه الوفاءُ بما سمَّىٰ** »[(١)]، وإن علَّق النذرَ بشرطٍ، فوجَد ذلك الشرط، رُوي عن أبي حنيفة[(٢)] رحمهِ الله أنه يجب، وعليه الوفاءُ بنفس النذر، لإطلاق ما رويناه أنه يشمل المعلقَ والمنجزَ، ولأنَّ المعلقَ بالشرطِ كالمنجز عند وجود الشرط.

وروي أن الإمامَ[(٤)] رحمه الله: رجع عن هٰذا في آخر حياته، فقال: إذا قال: إن فعلتُ كذا فعليَّ حجةٌ أو صوم سنةٍ أو صدقةُ ما أملكه. أجزأه من ذلك كفارةُ يمين، وهٰذا قول محمدٍ[(٤)] رحمه الله، ولو وفىٰ بما سماه أجزأه، وهٰذا إذا كان الشرطُ غيرَ مرادٍ للحالف، كقوله: إن كلمتُ زيدًا فلله عليَّ كذا وكذا؛ لأنَّ في ذلك معنى اليمين، وهو المنعُ، وهو بظاهر اللفظ نذرٌ، فيتخير بين أن يفيَ بما سمَّاه وبين أن يكفِّرَ ٱعتبارًا للمعنىٰ.

أمَّا إذا كان الشرطُ مُرادًا، كقوله: إنْ شفىٰ اللهُ مريضي فلله عليّ كذا. فإن الوفاءَ لازمٌ؛ لخلو ذلك عن معنى اليمين وهو المنع. قال صاحبُ «الهداية»[(٣)]: وهٰذا التفصيلُ هو الصحيحُ، وقد ٱخترته للفتوىٰ. وهو من الزوائد.

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٣٠٠: غريب. ثم ذكر أحاديث في وجوب الوفاء بالنذر.

(٢) «المبسوط» ٨/ ١٣٥-١٣٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٨-٣٠٩، و«فتح القدير» ٥/ ٩١-٩٣، و«اللباب» ٤/ ١٠.

(٣) «الهداية» ٢/ ٣٦٠.

وصاحب «المنظومة»[١] رَحِمَهُ اللَّهُ أقام الخلافَ مع الشافعيِّ[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ في المسألة، وما هو مذهبُ الشافعي[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ هو الصحيحُ من مذهبنا، فتركت نصب الخلاف معه فيه.

وللشافعي[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ في المسألة أقوالٌ ذكرها صاحبُ «الوجيز»[٣]؛ فقال: لو قال: إن فعلتُ كذا فلله عليَّ صومٌ أو صلاةٌ لزمه الوفاءُ به علىٰ قولٍ، كما لو قال: إن شفىٰ اللهُ مريضي، أو ذكر عند حصول نعمة أو دفع بليَّةٍ. وعلىٰ قول: يلزمه كفارةُ يمينٍ؛ لأنَّ مقصودَه المنعُ، ويجزيء في كلِّ ما يقصد ٱمتناعُه. وعلىٰ قول: يتخير بين الوفاءِ والكفارةِ. وهٰذِه كلُّها أقوالُ أصحابنا رحمهم الله.

قال: (وقولهُ لله عليَّ المشيُ إلى الحرم أو المسجدِ الحرامِ غيرُ ملزمٍ شيئًا، وألزماه حجةً أو عمرةً).

قال أبو حنيفة[٤] رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا قال: لله عليَّ المشيُ إلى الحرم، أو قال: إلى المسجدِ الحرامِ لم يلزمه شيءٌ.

وقالا[٥]: تلزمه حجةٌ أو عمرةٌ، كما إذا قال: عليَّ المشيُ إلىٰ بيتِ الله، أو إلى الكعبة، أو إلىٰ مكةَ، أو عليَّ زيارةُ بيت الله ماشيًا، حيث

---

(١) المنظومة لوحة (١٠٦).

(٢) «الأم» ٦/ ٢٩٧، و«التنبيه» ص٨٤، و«الوجيز» ٢/ ٢٢٤، و«غاية البيان» ص٣٢١-٣٢٢.

(٣) «الوجيز» ٢/ ٢٢٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣١٣-٣١٤، و«المبسوط» ٨/ ١٣٥-١٣٦، و«الهداية» ٢/ ٣٧٥-٣٧٦، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٧٨.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٧-٣٠٨، و«المبسوط» ٨/ ١٣٥-١٣٦، و«الهداية» ٢/ ٣٧٥-٣٧٦، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٧٨.

تلزمه حجةٌ أو عمرةٌ ماشيًا، وإن شاء ركب وأراق دمًا؛ لأنَّ هٰذِه العبادات صارت كناياتٍ عن التزام الإحرام بحكم العرف، فكذا الحكمُ في المتنازع؛ لعدم الفرقِ بين الفصلين.

وله: أنَّ القياسَ مما يأتي إلزامُهُ بشيء في العبادات كلها؛ لأنَّه ليس فيها ما ينبئُ عن التزام الإحرام صريحًا، لكنا ٱستحسنَّا في كلِّ لفظٍ تعورف فيه التزامُ الإحرام به، فقلنا بلزومه نظرًا إلى العرف، وعملنا بالقياس فيما لا تعارفَ فيه من الألفاظ، كما لو قال: لله عليَّ المشي إلى الصفا والمروة، أو قال: عليَّ الذهاب إلىٰ بيت الله، أو عليَّ إتيانُ بيتِ الله، أو الخروجُ إلىٰ بيتِ الله. فكذا الكلامُ في المتنازع فيه[1].

قال: (أو إن لم أحج العامَ فعبدي حرٌّ فادَّعى الحجَّ، وبرهنَ العبدُ علىٰ أنَّه ضحىٰ بالكوفةِ أُفتي بعتقه).

رجلٌ قال: إن لم أحج العامَ فعبدي حرٌّ. ثم ٱدَّعىٰ أنه حج (وادعى العبد أنه ما حج)[2] العام، وأقام العبدُ البينةَ علىٰ أنَّه ضحَّى العامَ بالكوفة.

قال محمد[3] رَحِمَهُ اللَّهُ: يعتق العبدُ.

وقالا[3]: لا يعتق.

له: أنها بينةٌ قامت على الإثبات معنىٰ ولفظًا، أما معنىٰ: فلأن المقصودَ هو إثباتُ العتق. وأما لفظًا: فلأنها قامت على التضحية بالكوفة ومن ضرورته عدم حجه العام، فيتحقق شرطُ العتق.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣١٤، و«فتح القدير» ٥/ ١٨٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٥٣، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٧٨، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٨٦.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) «الهداية» ٢/ ٣٧٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٥٣، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٨٦.

ولهما: أنه شهادةٌ فلا تقبل؛ لأنَّ الشهادةَ علىٰ إثباتِ التضحية بالكوفة غيرُ مقبولةٍ؛ لأنَّ التضحيةَ بها لا مطالبَ لها فلا تدخل تحت الحكم، فكانت شهادة علىٰ عدم الحجِّ، ولو شهد أنه لم يحج العامَ لم تقبل، فكذا هٰذا. فإن قيل: إنما لا تقبل هٰذِه الشهادةُ على النفي؛ لأنه لا علم للشاهد به حتىٰ لو قامت[1] بما يحيط الشاهدُ به علمًا قبلت، يدلُّ علىٰ ذلك مسألةُ السير، وهي ما إذا شهد شاهدان علىٰ رجلٍ: إنا سمعناه يقول: المسيحُ ابن الله، ولم يقل: قالت النصارىٰ متصلًا به سابقًا عليه. وقد بانت منه ٱمرأتُه، وأنكر الرجلُ. قبلت هٰذِه الشهادةُ وهي على النفي؛ لمكان إحاطة علم الشاهد به.

قلنا: تعارض هٰهنا دليلان، وذلك أنَّ من الأحكام ما يدار فيه الحكمُ على الأسبابِ الدالةِ على المعاني المؤثرة، وهٰذِه الجهةُ نافيةُ القبول هٰهنا، ومنها ما يعتبر فيها في حقِّ بناء الأحكام حقائقُ المعاني المؤثرة لانفس الأسباب، وهٰذِه الجهةُ موجبةُ للقبول هٰهنا، إذ هو مما يحيط به علمُ الشاهدِ كما في قوله: إن أجبتيني فأنتِ طالقٌ وفلانة معك. فإنَّ صاحبَ الشرعِ ٱعتبر الصفةَ[2] الدالةَ على المحبةِ في حقِّ نفسِها، واعتبر حقيقةَ المحبة في حقِّ الضرة، ولكلٍّ من الأصلين نظائرُ، فنقول في مسألةِ السير المتعلق بالشهادة الحرمة، فرجحنا الجهةَ الموجبةَ للقبول، فاعتبرنا حقيقةَ المعنىٰ أخذًا بالاحتياط في باب الحرمة. وفي مسألتنا المتعلق[3] بالشهادةِ زوالُ ملكِ العبدِ المحتاج إلىٰ ملكه، فرجحنا فيه الجهةَ النافيةَ

---

(١) في (ج): (أقامت).

(٢) في (ج): (الصيغة).

(٣) في (ج): (التعليق).

للقبولِ على الموجبة إمَّا دفعًا لحاجةِ المالك أو لأنَّ اليقينَ لا يزال بالشكِّ، أو لأن الجهتين تساقطا بالمعارض[١]، فبقي الملكُ الثابتُ للعبد قبل ذلك[٢].

قَال: (أو ما أملكه غدًا حرٌّ يخصه ما يحدث فيه لا مطلقًا).

رجلٌ قال: كلُّ مملوك أملكه غدًا فهو حرٌّ يتناول ما سيحدث الملكُ فيه غدًا دون غيره عند أبي يوسف[٣].

وعند محمد[٣] رَحِمَهُ اللهُ: يُعتقُ /١٣٤ب/ من كان في ملكه في الحال من العبيد، وما يحدث له ملكُه في يومه وليلته الثالثة ليومه وغده.

ولأبي يوسف[٣] رَحِمَهُ اللهُ أنَّ أفعل يستعمل إمَّا للحال وإمَّا للاستقبال ولا يستعمل فيهما معًا، وقد قرن به هٰهنا ما يدلُّ على الاستقبال، وهو قولُه: (غدًا). فتعين الاستقبالُ مرادًا فيعتق[٤] ما يحدث ملكه في الغد كما لو قال: ما أملكه بعد غدٍ أو ما سأملكه غدًا.

ولمحمد رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ الغد في امتدادِ المجلس إليه مثلُ اليوم في قوله كل مملوك أنا مالكه غدًا فهو حرٌّ، ولا فرقَ بين قولك أنا أملك ألفَ درهمٍ. وبين قولك: أنا مالكُ ألفَ درهمٍ. ولهٰذا عتق كلُّ مملوكٍ حدث له الملكُ فيه في بقية اليوم بعد هٰذِه اليمين. وما جعل وقتًا لهٰذِه اليمين، إذ لو لم يجعل كذلك فلم يَخْلُ إما إن أُريد به الحالُ وقت اليمين أو الزمانُ

---

(١) في (ب): (بالتعارض)، وفي (ج): (بالعارض).

(٢) «الهداية» ٢/ ٣٧٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٥٣، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٨٦.

(٣) «الجامع الكبير» ص٣٥، و«الهداية» ٢/ ٣٤٦-٣٤٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٥٠، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٧١.

(٤) في (ب) و(ج): (فتعين).

المستقبل الآتي بعدها، فإن أُريد الأولُ وجب أن لا يعتق ما حدث الملك فيه في بقية اليوم بعدها، وإن أُريدَ الثاني وجبَ أن لا يعتق ما ملكه[١] وقت اليمين. ومع ذلك فنحن مجمعون علىٰ عتق كليهما، كما أن قوله: (أملك غدًا) محمولٌ علىٰ معنىٰ قوله: أنا مالكٌ غدًا. لأنَّ المجلسَ الذي ٱعتبره الشرعُ جامعًا للمتفرقات قد يمتدُّ إلى الغد، كما يمتدُّ علىٰ آخر اليومِ فوجب أن لا يفترق الحالُ فيما يملكه ذلك اليوم وفيما يمكله غدًا؛ لأن عِتقَ من يحدث الملكُ فيه في اليوم إنما كان لكونه ملحقًا بالحال، باعتبار ٱمتدادِ المجلسِ إلىٰ آخرِ اليوم، وكذا يمتدُّ إلى الغدِ، فوجب إلحاقُه بالحال في حقِّ هٰذا الحكم، بخلاف قوله: بعد غدٍ. لأنَّ المجلسَ لا يمتدُّ إلىٰ بعدِ الغدِ، وبخلاف قولِهِ ما سأملكه؛ لعدمِ تناول ماله في الحال ليمحصه بحرف السين للاستقبال[٢].

قال: **(ويهدر النذرُ بذبح الولد وأوجبا ذبحَ شاة).**

قال أبو يوسف[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهو قول زفرُ[٣] والشافعيُّ[٤] رحمهما الله: إذا نذر ذبحَ ولدِه لا يلزمه بهٰذا النذرِ شيءٌ.

وقال أبو حنيفة[٣] ومحمد[٣] رحمهما الله: يصحُّ ويلزمه ذبحُ شاةٍ (في أيامِ النحرِ أو في الحرم.

---

(١) في (ج): (مالكه).

(٢) «الجامع الكبير» ص٣٥، و«الهداية» ٢/ ٣٤٦-٣٤٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٥٠، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٧١.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣١٦، و«المبسوط» ٨/ ١٣٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٩-٣١٠، و«إيثار الإنصاف» ص٣٦٦-٣٦٧.

(٤) «التنبيه» ص٨٤، و«غاية البيان» ص٣٢٢.

لهم: أنه نذر بإراقةِ دم معصومٍ فكان نذرًا بمعصية فيلغو)[١]؛ لقوله ﷺ: «**لا نَذْرَ في معصيةِ الله**»[٢].

ولهما[٣]: وهو الاستحسانُ أنَّ الشاةَ محلٌّ لإيجاب ذبحها بإيجابٍ مضافٍ إلى الولد، وإيجاب ذبحها بإضافةِ النذر إليها نفسها صحيحٌ، فكذا بالإضافة إلى الولدِ قياسًا عليه. وقصةُ الخليلِ ﷺ تبين هٰذِه الدعوىٰ؛ لأنَّه أُمِرَ بذبح الولدِ، وخرج عن عهدتِه بذبح الشاةِ مع بقاءِ الأمر بذبحِ الولد، فإنَّ ذبحَ الشاةِ لم يجب بأمرٍ آخر، وتسميةُ الشرع إياه فداءً دليلٌ علىٰ بقاء الأمر، وإنما قلنا: إنه خرج عن العهدةِ بذبح الشاةِ، لقوله تعالىٰ: ﴿قَدْ صَدَّقْتَ ٱلرُّءْيَآ﴾ فإنَّ أئمةَ التفسيرِ قالوا: في الآيةِ تقديمٌ وتأخيرٌ، وتقديرُ الكلام: فلمَّا أسلما وتلَّه للجبين وفديناه بذبحٍ عظيم ذَبحَ الفداءَ وناديناه أن يا إبراهيم قد صدقت الرؤيا أي[٤]: بذبح الفداءِ. فكان بتحقيق ذبحِ الشاة آتيًا بما التزمه من[٥] ذبح الولد بالنذرية، وإنما يكونُ ذلك إذا كان الناذرُ يذبحه ملتزما كذبح الشاة؛ ليكون بذبحها آتيا بما التزمه، ويكون الولد ذبيحًا بذبح الشاة حكمًا؛ ولهٰذا قال ﷺ: «**أنا ابن الذبيحين**»[٦]؛ يشير إلىٰ عبد الله وإسماعيل ﷺ، ولم يكونا ذبيحين بعينهما لٰكن بواسطة ذبحِ الفداء عنهما، وليس هٰذا نذرًا

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) رواه مسلم (١٦٤١).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣١٦، و«المبسوط» ٨/ ١٣٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٩-٣١٠، و«إيثار الإنصاف» ص٣٦٦-٣٦٧.

(٤) من (ب).

(٥) في (ب): (لو).

(٦) لا أصل له. يُنْظَر: «الضعيفة» (١٦٧٧).

بالمعصية؛ لأن جعلَ الولد ذبيحًا حكمًا بذبح الشاة عنه ليس بمعصيةٍ ليتناوله الحديث، وليس معنىٰ قولنا: إن النذر بذبح الولد صحيحٌ إلَّا أن نجعله ذبيحًا بذبح الشاة عنه.

قال: (وألحق العبدَ بالولد فيه).

قال محمد[1] رحمه الله: إذا نذر أنْ يذبح عبده صحَّ النذرُ موجبًا ذبح شاة في الحرم أو في أيام النحر في غير الحرم.

وقال أبو حنيفة[1] وأبو يوسف[1] رحمهما الله: لا يصح نذُرهُ.

له: أن العبد كسب المولىٰ وملكه وقد مرَّ أن النذرَ بذبح الولد صحيح موجب لذبح الشاة مع أنه كسبه، وليس بملكه؛ فلأن يثبت حكمه في العبد الذي هو كسبه وملكه أولىٰ.

وأبو يوسف[1] رحمه الله قد مرَّ علىٰ ما أصَّله فلا يحتاج إلى الفرق.

والفرق لأبي حنيفة[1] رحمه الله أنَّ إيجاب ذبح الشاة بالنذر بذبح الولد إنما كان كرامةً للولد ٱستدلالًا بقصة الخليل عليه السلام، والعبدُ لا يستحق من الكرامة ما يستحقُّه الولدُ، فتعذر إلحاقه به في حق هٰذا الحكم.

قال: (ونذرُه ذبحَ نفسِه باطلٌ وألحقه بالولدِ).

قال أبو حنيفة[2] رحمه الله: إذا نذر أن يذبحَ نفسه فهو باطلٌ.

وقال محمد[2] رحمه الله: يصحُّ ويجب ذبحُ شاة في الحرم أو في أيام النحر في غير الحرم قياسًا للنفس بالولد كما قاس العبدَ به.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣١٦، و«المبسوط» ٨/ ١٤٢، و«الاختيار» ٤/ ٣١٠، و«الاختيار» ٤/ ٣١٠.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣١٦، و«المبسوط» ٨/ ١٣٩-١٤٠، و«الاختيار» ٤/ ٣١٠، و«فتح القدير» ٥/ ٨٥،

وأبو حنيفة[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ يأباه، والفرق له أن نفسَهُ وإن ٱستحقت الكرامةَ التي ٱستحقها ولدُه ولم يستحقها عبده، إلَّا أن نفسَه ليست كسبًا له وولده كسبٌ له، وقد قال ﷺ: «**المرءُ أحقُّ بكسبهِ وإنَّ ولدَه من كسبهِ**»[٢]. ألا ترىٰ أنه لم يصح النذرُ بذبح الأب والجدِّ والأمِّ بالإجماع؛ لأنهم ليسوا من كسبه[٣].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣١٦، و«المبسوط» ٨/ ١٣٩-١٤٠، و«الاختيار» ٤/ ٣١٠، و«فتح القدير» ٥/ ٨٥.

(٢) رواه أبو داود (٣٥٢٨)، والترمذي (١٣٥٨)، والنسائي ٧/ ٢٤٠، وابن ماجه (٢٢٩٠)، وأحمد ٦/ ٣١، وصححه الألباني في «الإرواء» (١٦٢٦) من حديث عائشة بلفظ: «**إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم**».

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣١٦، و«المبسوط» ٨/ ١٣٩-١٤٠، و«فتح القدير» ٥/ ٨٥، و«الاختيار» ٤/ ٣١٠.

فصل في اليمين
في الدخول والسكنى والخروج والركوب
وغير ذلك /١٣٥أ/

قال: (ومَنْ حَلَفَ لا يدخلُ بيتًا فدخل الكعبة أو المسجدَ أو بيعةً أو كنيسةً، أو لا يدخل دارًا، أو هٰذا البيت فدخلها بعد الخرابِ لم يحنث بخلاف هٰذِه الدار).

هٰذِه مسائل:

الأولىٰ: إذا حلف لا يدخل بيتًا فدخل الكعبةَ أو المسجدَ أو بيعةً أو كنيسةً لم يحنث؛ لأن البيتَ ما يبنىٰ لقصد البيتوتةِ فيه واللفظ ينبئ عن ذلك، وهٰذِه البقاعُ لم تبن لذلك، وعلىٰ هٰذا لو دخل دهليزًا، أو ظله بابُ الدارِ لم يحنث. وقيل: إذا كان الدهليزُ بحيث لو أغلقَ البابُ يبقىٰ داخلًا وهو مسقفٌ حنث؛ لأنه يبات في مثلِ ذلك عادةً، فيتناوله اللفظُ[1].

الثانية: إذا حلفَ لا يدخل دارًا فدخلها بعدما خرِبَتْ لم يحنث[2].

الثالثة: لو حلف لا يدخل هٰذِه الدار فدخلها بعدما خربتْ وصارت صحراءَ حنث[3].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٩، و«الهداية» ٢/ ٣٦٠، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٤٩، و«اللباب» ٤/ ١١.

(٢) «الهداية» ٢/ ٣٦٠، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٢٥، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٤٩، و«اللباب» ٤/ ١١.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣١٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١١٩، و«اللباب» ٤/ ١٢.

والفرقُ أنَّ الدارَ ٱسمٌ للعرصةِ، يقال: دارٌ عامرةٌ ودارٌ غير عامرةٍ والبناءُ فيها من التوابع والأوصافِ، إلَّا أنَّ الوصفَ في الغائب معتبرٌ وفي الحاضر لغوٌ فكأنه قال: لا أدخل هٰذِه العرصةَ المبنيةَ فيلغو الوصفُ مع الإشارةِ، إذ الوصفُ للتعريفِ والإشارةُ أبلغُ فيه.

وعلىٰ هٰذا لو حلف لا يدخل هٰذِه الدارَ فخربت ثم بنيت فدخلها يحنث[١]؛ لما مرَّ أنَّ الٱسمَ باقٍ بعد الٱنهدام.

ولو جُعلتْ مسجدًا أو حمامًا أو بستانًا أو بيتًا فدخله لم يحنث[١]؛ لزوال الٱسمِ بعد ٱعتراض ٱسمٍ آخر. فلو ٱنهدم ما بني ثانيا فدخل لم يحنث أيضًا؛ لعدم عودِ ٱسمِ الدارِ إلىٰ تلك العرصةِ. وإذا حلفَ لا يدخل هٰذا البيتَ فدخله بعد ما خرب لم يحنث، وتنزل الإشارةُ فيه بمنزلة التنكيرِ في الدارِ؛ لأنَّ ٱسمَ البيتِ بعد الخرابِ والانهدام يزول؛ فإنه لا يباتُ فيه حينئذٍ، حتىٰ لو سقطت الحيطانُ وخرب السقفُ فدخله لم يحنث؛ لأنه يباتُ فيه والسقفُ وصفٌ فيه، وكذا لو بنىٰ بيتًا آخر فدخله؛ لأنَّ الٱسمَ لم يبق بعد الٱنهدامِ باعتبار زوالِ المشار إليه[٢].

قال: (أو لا يدخلُ هٰذِه الدارَ فوقف علىٰ سطحها أو دخل دهليزَها أو في طاقِ البابِ بحيث إذا أغلقَ كان داخلًا حنث).

أمَّا الأول: فلأن سطحَ الدارِ من الدارِ، ولهٰذا فإنَّ المعتكفَ إذا صعدَ

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣١٤، و«الهداية» ٢/ ٣٦٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١١٧، و«اللباب» ٤/ ١٢.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣١٤، و«الهداية» ٢/ ٣٦٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١١٧- ١١٨، و«اللباب» ٤/ ١٢.

سطحَ المسجدِ لا يفسد ٱعتكافُه؛ لكونه من المسجدِ، وقيل: في عرفِنا هٰذا لا يحنث وهو ٱختيارُ أبي الليث[(١)] ؒ، وأمَّا الدهليزُ فقد مرَّ التفصيلُ فيه. ويجبُ أن يكونَ إطلاقُ القدوري[(٢)] ؒ محمولًا علىٰ ذلك، وأمَّا طاقُ البابِ فإنه إذا وقف بحيث إذا أغلقَ البابَ كان خارجًا لم يحنث؛ لعدم وجودِ الشرطِ وهو دخولُ الدارِ، إذ الطاقُ لا يُعدُّ من الدارِ، فإنَّ البابَ وُضعَ لحفظ الدارِ وما فيها. وإن وقفَ بحيث إذا أغلقَ كان داخلًا حنث؛ لوجود شرطِ الحنث[(٣)].

قال: (أو دارَ فلانٍ فيشترط لحنثه أن تضافَ إليه وقتَ اليمين والحنث، وقالا: وقت الحنث).

له: أنَّ الملكَ في الدارِ مستدامٌ عادةً فانصرفَ من اليمين إلى الدارِ الموجودةِ في الحال الباقيةِ علىٰ ملكه إلىٰ وقت دخولها؛ لانصراف الفهمِ إلىٰ ذلك[(٤)].

ولهما[(٤)]: أنَّ الدارَ والثوبَ والعبدَ في المملوكيةِ سواءٌ، والمنعُ من الدخول لوحشةٍ من المالك، فلا يختصُّ ذلك بالمضافةِ إليه وقتَ اليمينِ والحنثْ جميعًا، بل ينصرفُ إلى المضافِ إليه زمانَ الحنثِ كما في الثوبِ.

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣٦٠.

(٢) «الكتاب» ٤/ ١٧.

(٣) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٦٦-٢٦٧، و«بدائع الصنائع» ٣/ ٦٤، و«الهداية» ٢/ ٣٦١، و«اللباب» ٤/ ١٧.

(٤) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٦٩، و«المبسوط» ٨/ ١٦٥-١٦٦، و«بدائع الصنائع» ٣/ ٦٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٧، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٢٩.

قال: (ونسوي بين المستأجرةِ والمملوكةِ).

إذا قال: واللهِ لا أدخلُ دارَ فلانٍ وفلانٌ ساكنٌ في دار (غيره)[١] بإجارةٍ أو إعارةٍ، فدخلها لم يحنث عند الشافعيِّ[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنها ليست بدارِه حقيقةً؛ ولهٰذا إذا دخل دارًا مملوكةً له حنث.

ولنا[٣]: أنَّ مقتضى الإضافةِ الآختصاصُ، والدارُ المسكونةُ بالإجارةِ مختصةٌ به، ولأنها مضافةٌ إليه عُرفًا، والأيمانُ مبناها على العرفِ، يؤيد ذلك ما روي أنه ﷺ مرَّ بحائطٍ فقال: «لمن هٰذا؟»[٤]، فقال رافعُ بن خديج: لي يا رسول الله آستأجرتُه، فلم ينكر عليه ﷺ.

وأمَّا الدارُ المملوكةُ لفلانٍ إن كان يسكنها غيرُه ولا سكنىٰ لمالكِها فيها بوجهٍ من الوجوه فإنا نمنعُ حنثه بدخولها، وإن كان لفلانٍ فيها سكنىٰ بوجهٍ يحنث باعتبار شمولِ السكنىٰ كليهما، كما لو حلف لا يضع قدمَه في دارِ فلانٍ يحنث بدخولها راكبًا وماشيًا؛ لعموم المجازِ، حيث صار ذلك مجازًا عن الدخول[٥].

---

(١) في (ب): (غيرها).

(٢) «الأم» ٦/ ٢٩٤، و«الوجيز» ٢/ ٢٢٩، و«حلية العلماء» ٧/ ٢٦١، و«روضة الطالبين» ٨/ ٤٨.

(٣) «بدائع الصنائع» ٣/ ٦٣، و«المبسوط» ٨/ ١٦٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٤/ ٣٢٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٦٢، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٨٣-٥٨٤.

(٤) رواه الطبراني ٤/ ٢٦٣ (٤٣٥٤)، عن عبدان بن أحمد، عن سليمان بن عبد الجبار، عن عبيد الله بن موسىٰ، عن أبي حنيفة، عن أبي حصين، عن ابن رافع، عن أبيه، به.

(٥) «المبسوط» ٨/ ١٦٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٤/ ٣٢٠، و«بدائع الصنائع» ٣/ ٦٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٦٢، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٨٣-٥٨٤.

قال: (أو هٰذِه الدارَ وهو بها[1] لم يحنث بالقعود).

إذا قال: واللهِ لا أدخلُ هٰذِه الدارَ وهو فيها لم يحنث بالقعودِ حتىٰ يخرجَ منها ثم يرجع فيدخلها، ولم يصرِّح بهٰذا في المتن؛ لظهورِهِ ودلالةِ قوله: (بالقعود) عليه، وهٰذا ٱستحسانٌ، والقياسُ الحنث تنزيلًا للبقاءِ بمنزلة الٱبتداءِ، إذ الأصلُ في الفعل الممتدِ أن يعطىٰ لدوامه حكم ٱبتدائِه، ووجه الٱستحسانِ أن الدخولَ لا دوامَ له؛ لأنَّه عبارةٌ عن الحالةِ التي بها ينفصلُ من الخارجِ إلى الداخلِ، فإذا لم يكن فعلًا ممتدا فارق بقاؤهُ /١٣٥ب/ ٱبتداءَه[2].

قال: (أو لا يدخلُ بغدادَ فاجتاز بدجلةَ لم يحنثه وخالفه).

قال أبو يوسف[3] رحمه الله: إذا حلف لا يدخل بغدادَ فمرَّ بها في السفينةِ لم يحنث ما لم يخرج منها إلى الشاطئ؛ (لأنَّه لم يدخل بغدادَ؛ لأنَّ دجلةَ لا تقع عليها أيدي أهلِ بغداد، كما تقع على الأراضي والأبنيةِ فلم تكن دجلةُ منها)[4].

وقال محمد[3] رحمه الله: يحنث؛ لأنه إذا ٱجتاز بها فقد دخل بغدادَ وخرج منها، فوجد شرطُ الحنثِ فيحنث، (ألا ترىٰ أنَّ البغداديَّ إذا جاء من الموصلِ يقصدُ البصرةَ في السفينة فمرَّ ببغداد يصير)[5] مقيمًا بالاجتياز

---

(١) في (ب)، و(ج): (فيها).

(٢) «الهداية» ٢/ ٣٦١، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٦، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٥١، و«اللباب» ٤/ ١٢.

(٣) «المبسوط» ٩/ ٢٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٤/ ٣٢١، و«بدائع الصنائع» ٣/ ٦٥، و«فتح القدير» ٥/ ١٠٢، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٣٠.

(٤) ساقطة من (ج).

(٥) ساقطة من (ب).

بها، ويلزمه إتمامُ الصلاةِ عند ذلك، وليس له أن يترخصَ برخصِ المسافرين.

قال: (أو لا يلبسُ هٰذا الثوبَ وهو لابسه فنزعه، أولا يركبُ هٰذِه الدابةَ وهو راكبُها فنزل، أو لا يسكنُ هٰذِه الدارَ وهو بها فأخذ في النقلة لم يحنث).

وقد ذهب زفر[١] رحمه الله إلى الحنثِ؛ لوجود الشرطِ وإن قلَّ.

ولنا[١]: أنَّ المقصودَ من عقدِ اليمين هو البر، وأنه متعذرٌ بهٰذِه اليمينِ مالم يُستثن زمانَ تحققه فيه، فإن لبثَ ساعةً حنث، وقد أفاد ذلك في المتن بحرف الفاء الدالِّ على التعقيب؛ لأنَّ قولَه: (فنزعه)، وقوله: (فنزل)، وقوله: (فأخذ في النقلة) يفهم أنه لم (يلبث)[٢] والفرقُ بين هٰذِه الأفعالِ وبين الدخولِ أنها مما يمتد، فإنه يضرب لها آجال فيقال: لبستُ هٰذا الثوبَ يومًا، وركبتُ هٰذِه الدابةَ يومًا، وسكنتُ هٰذِه الدارَ شهرًا فأعطي لبقائِها حكمُ ٱبتدائها، بخلاف الدخول، فإنه لا يقال: دخلتُ هٰذِه الدارَ يومًا (بمعنى: المدة والتوقيت، ولو نوى الٱبتداءَ الخالصَ يصدق؛ لأنَّه محتملُ كلامِهِ)[٣] علىٰ أنَّ اليومَ كلَّه وقتٌ للدخول بل علىٰ معنى الظرفيةِ.

---

(١) «بدائع الصنائع» ٣/ ٥٩، و«الهداية» ٢/ ٣٦١، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٧-٢٨٨، و«اللباب» ٤/ ١١-١٢.

(٢) في (ج): (يحنث).

(٣) من (ب).

قال: (أو لا يسكنُ هٰذِه الدارَ فخَرَجَ وخلَّف أهلَه ومتاعه حَنَثَ).

لأنه يعدُّ ساكنًا ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفًا، ولو كانت اليمينُ على المحلةِ، أو على السكةِ فكذلك الجوابُ، ولو كانت اليمينُ على المصر. روي عن أبي يوسف[1] رحمه الله أنَّه لا يتوقف البرُّ علىٰ نقلِ الأهلِ والمتاع؛ لأنه بعد الأنتقالِ لا يعدُّ ساكنًا في المصر، بخلاف المسألة الأولىٰ، والقريةُ بمنزلة المصر في الصحيحِ، وقد أختلف علماؤنا رحمهم الله فقال أبو حنيفةَ[1] رحمه الله: يجب أن يُنْقلَ متاعُه كلُّه بحيثُ لو بقي منه وَتَدٌ يحنث؛ لأنَّ السكنىٰ ثابتةٌ بمجموعِ المتاعِ فيبقىٰ ما بقي منه شيءٌ.

وقال أبو يوسفَ[1] رحمه الله: يُعتبرُ نقلُ الأكثر إقامةً له مقام الكلِّ حيثُ يتعذر نقلُ الكلِّ ويستلزم الحرجَ.

وقال محمدٌ[1] رحمه الله: المعتبرُ في ذلك نقلُ ما تقومُ به ضروراته؛ لأنَّ ما وراء ذلك ليس من السكنىٰ، وقد مال المشايخُ رحمهم الله إلىٰ قول محمد[1] رحمه الله؛ لأنَّه أرفقُ بالنَّاس واستحسنوه، وعليه الفتوىٰ.

قال: (أو لا يخرجُ من المسجد فأمر مَنْ أخرجه حنث، ولو كان مكرهًا أو برضاه لم يحنث).

هٰذِه ثلاثُ مسائلَ من الزوائد:

أمَّا الأولىٰ: فلأن اليمينَ أنعقدت علىٰ فعل نفسه، لكنَّ فعلَ المأمورِ وإن كان صادرًا عنه حقيقةً؛ لكنه مضافٌ إلى الآمر بواسطة أمره، فانتقل إليه

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٨، و«مختصر أختلاف العلماء» ٣/ ٢٦٧-٢٦٨، و«المبسوط» ٨/ ١٦٢-١٦٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١١٩-١٢٠.

حكمًا وصار كما لو ركب دابةً فخرجت به[١].

فأمَّا الثانية: فإنَّ المكره قد عدم فعله حقيقةً -وهو ظاهرٌ- وحكمًا؛ لعدمِ الأمرِ منه. وهٰذا فيما إذا حمله وأخرجه من غير (فعل)[٢] ٱختياري منه.

أما لو هدد فخرج بنفسه يحنث؛ لوجود الفعلِ منه حقيقةً، وفعلُ المحلوف عليه مكرهًا ينزلُ منزلةَ فعله ٱختيارًا.

وقال بعض مشايخنا: يحنث؛ لأنه لمَّا كان متمكنًا من الٱمتناع فلم يفعل صار كالآمر به.

قال صاحب «المبسوط»[٣]: والأصحُّ أنه لا يحنث؛ لأنه عَقَدَ يمينَهُ علىٰ فعل نفسه ولم يوجد حقيقةً وحكمًا؛ لأنَّ فعلَ الغيرِ بأمره، واستعماله إياه يصير مضافًا إليه[٤].

وأما الثالثة: (فإذا حمله)[٥] فأخرجه وهو راضٍ غيرُ آمر بذلك لم يحنث في الصحيح؛ لأنَّ ٱنتقالَ الفعلِ إلىٰ غيرِ الفاعلِ حقيقةً بواسطة الأمر لا بمجرد الرضا[٦].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٨-٣٠٩، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٧٤، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٣٥، و«اللباب» ٤/ ١٩.

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) «المبسوط» ٨/ ١٧.

(٤) «تبيين الحقائق» ٣/ ١٢٠، و«المبسوط» ٨/ ١٧، و«الهداية» ٢/ ٣٦٢، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٣٥.

(٥) في (ب): (فإنه إذا حلَّفه).

(٦) «المبسوط» ٨/ ١٧١، و«الهداية» ٢/ ٣٦٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٢٠، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٣٥.

قال: (أو لا تخرجُ ٱمرأتُه إلَّا بإذنه، ٱشترط الإذنُ في كلِّ خروج أو إلَّا أن آذن ٱشترطَ مرة).

هاتان مسألتان.

الأولىٰ: إذا حَلَفَ لا تخرجُ ٱمرأتُه إلَّا بإذنه فأذن لها فخرجت، ثم خرجتْ مرةً أخرىٰ بغير إذنه حنث، وشرطُ البرِّ الإذنُ في كل خروج[1].

والثانية: إذا قال: إلَّا أن آذن لك. فأذن لها مرةً واحدةً، ثم خرجت بعد ذلك بغير إذنه لم يحنث[1].

والفرقُ بين المسألتين أن الباء للإلصاق، والأصلُ في الٱستثناء أن يكون من الجنس، والإذنُ ليس من جنس الخروج، فكان التقدير إن خرجت الآخر وجاء ملصقًا بإذني فما وراء ذلك داخلٌ في (الحصر)[2] العام.

وقولُه في المسألة الثانية: (إلا أن) كلمة غايةٍ فينتهي اليمينُ بها، كما لو قال: حتىٰ آذن لك. ولو نوىٰ في المسألةِ الأولى الإذنَ مرةً صُدِّق ديانةً؛ لأنَّه نوىٰ محتملَ كلامه، فإن الٱستثناء (قد)[3] يراد به الغايةُ لانتهاء حكم صدر الكلام بالاستثناء، ولا يصدق في القضاء؛ لأنه خلافُ الظاهر[1].

---

(١) «المبسوط» ٨/ ١٧٣، و«الهداية» ٢/ ٣٦٢-٣٦٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٥، و«اللباب» ٤/ ٢٢.

(٢) في (ب): (الخطر).

(٣) من (ب) و(ج).

قال: (ولو أَذِنَ ولم تسمعْ فخرجتْ لم يُحنثْهُ).

رجلٌ قال لامرأته: إن خرجتِ إلَّا بإذني فأنت طالقٌ. فأذن لها ولم تسمع فخرجت لم يحنث عند أبي يوسف[(١)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّ قصدَه منعها من الخروج بغير رضاه وقد رضي، فصار كما لو قال: إلَّا أن آمر أو أرضىٰ أو إلا بأمري أو برضاي ./١٣٦أ/

وقال أبو حنيفةَ[(١)] ومحمدٌ[(١)] رحمهما الله: يحنثُ؛ لأنَّ الإذنَ من الأذان الذي هو الإعلامُ، ولم يوجد حتىٰ لو كانت اليمينُ بالفارسية كانت الفتوىٰ علىٰ قولِ أبي يوسفَ[(١)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لعدم الاشتقاق.

قال: (أو لا تخرج إلَّا بإذنه ثُمَّ أذن لها فيه متىٰ شاءت، ثم نهاها فخرجت لم يحنثه، وخالفه كما لو رخص الآذن).

رجل قال: إن خرجت من هٰذِه الدار إلَّا بإذني فأنت طالق، ثم قال لها: أذنت لك أن تخرجي متىٰ شئت، ثم نهاها عن الخروج، ثم خرجت لا يقع الطلاقُ عند أبي يوسفَ[(٢)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ ويقع عند محمدٍ[(٢)]، ولو كان استأذنتُه في الخروج فأذن لها إذنًا خاصًّا ثم نهاها فخرجت يحنث إجماعًا لأبي يوسف[(٢)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنه لما عمَّ الإذن اتصل بجميع الخُرُجَات الممكنة منها ففات شرطُ الحنث وهو الخروج بغير إذن، ومتىٰ فات الشرطُ بطلت اليمينُ، إذ لا فائدةَ في بقائها فلم يعمل نهيُهُ، بخلافِ ما إذا خصَّ الإذنَ؛ لأنَّ اليمينَ باقيةٌ فيعمل النهيّ (فيه)[(٣)] عمله

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٦٦، و«المبسوط» ٨/ ١٧٤، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٤٠، «مجمع الأنهر» ١/ ٥٥٥.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٢٢، و«الهداية» ٢/ ٣٦٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٥.

(٣) من (ب).

فيجعل الإذنَ كأن لم يكن. ولمحمدٍ ﷺ أنَّ الإذنَ العام بطل بالنهي بعده ٱعتبارًا بالخاص، وعدمُ الفائدةِ في بقاءِ اليمين ممنوعٌ؛ لجواز لحوق النهيِّ بعد الإذنِ العامِ فيبطلُ.

قال: (ولو أرادت الخروجَ فقال: إن خرجتِ فأنت طالقٌ فجلستْ ثم خرجتْ لم يحنثْ).

هٰذِه اليمينُ تُسمَّىٰ يمينَ الفورِ وزادها في الكتاب؛ لتكون هاديةً إلى الحكمِ في نظائرِها.

ومثلُ ذلك إذا أراد رجلٌ ضَرْبَ عبده، فقال له آخرُ إن ضربتَه فعبدي حرٌّ فتركه ثم ضربه لم يحنث، وقد تفرد أبو حنيفة[1] ﷺ بإظهارها، وفقهها أنَّ مرادَ الحالفِ ردُّ الضاربِ والخارج عن تلك الضربة والخرجة في العرف، والأيمان مبنيةٌ على العرفِ[1].

قال: (أو ليأتين البصرةَ فلم يأتِ حَنَثَ في آخرِ جزءٍ من حياته).

لأنَّ البرَّ قبلَ الموتِ مرجوٌّ[2].

قال: (أو ليأتينه إن ٱستطاع حمل على ٱستطاعةِ الصحةِ لا القدرة).

المرادُ من ٱستطاعة الصحةِ: سلامةُ الآلات وهو أن لا يَمرضَ ولا يمنعه

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٢٢، و«الهداية» ٢/ ٣٦٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٢٣-١٢٤.

(٢) «اللباب» ٤/ ٢٦، و«الهداية» ٢/ ٣٦٢، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٥، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٣٨،

السلطانُ، ولم يحدث أمر لا يقدر علىٰ إتيانه، فإذا لم يأتِهِ والحال هٰذِه حنث؛ وهٰذا لأنَّ الاستطاعةَ حقيقةً هي المقارنةُ للفعل، وفي العرف تطلق علىٰ سلامةِ الآلات وصحةِ الأسباب، فعند الإطلاقِ ينصرفُ إلى المتعارف، ولو نوى الأولُ صحَّ ديانةً؛ لأنه قد نوىٰ حقيقةَ كلامِهِ ولم يصدق في القضاءِ؛ لأنَّه خلافُ الظاهرِ الذي عليه العرفُ، وقيل: يصحُّ في القضاء أيضًا[1].

قال: (أو لا يركبُ دابةَ زيدٍ فركب دابةَ عبدِهِ المأذون فهو غيرُ حانثٍ في المستغرق بالدين مطلقًا وحانثٌ في غيره إن نواه، ويحكم بالحنثِ بالنية لا مطلقًا).

هٰذا ينبني علىٰ أصلٍ مختلفٍ بين علمائنا.

فعند أبي حنيفة[2] رَحِمَهُ اللَّهُ العبدُ المأذون المستغرق بالدين لا ملك للمولىٰ فيه، فلا يحنثُ بركوب دابته نواه أو لم ينوه، وإن لم يكنْ عليه دينٌ أو كان، إلَّا أنه غير مستغرقٍ لا يحنث إلَّا أن ينويه؛ لأنَّ الملكَ فيه ثابتٌ لمولاه، ولكنه في العرف مضافٌ إلى العبد، وكذلك في الشرع. قال ﷺ: «**من باع عبدًا وله مالٌ**» الحديث. فأضاف المالَ إليه، وحينئذٍ نحيل الإضافةَ إلى المولىٰ فلابدَّ من النية، واقتصر في المتن علىٰ غيرِ المستغرق ولم يذكر غير المديون؛ لأنَّ الحكمَ يثبت فيه بالطريق الأولىٰ إذا ثبت في غير المستغرق.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣١٢، و«الهداية» ٢/ ٣٦٢، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٢٢.

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٧١، و«اللباب» ٤/ ١٦-١٧، و«الهداية» ٣/ ٣٦٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٨-٢٨٩.

وقال أبو يوسف[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يحنث في الوجوه كلِّها إذا نواه لاختلال الإضافة.

وقال محمد[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يحنثُ في الوجوه كلِّها مطلقًا نوىٰ أو لم ينو؛ لأنه ملك المولىٰ حقيقة، والدينُ غيرُ مانع من ثبوت الملكِ للسيد عندهما[١].

قال: (وكذا الخلافُ والتفصيل في دخول عبيد مأذونه في قوله: أعتقت عبيدي).

رجلٌ قال: أعتقتُ عبيدي. ولعبده المأذون عبيد، فعبيد (عبده)[٢] يعتقون إذا نواهم، إلَّا أن يكون ما علىٰ عبدِه مِنَ الدين مستغرقًا لرقبته وأكسابه.

وقال أبو يوسف[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يعتقون إذا نواهم وإن كان دينُه مستغرقًا.

وقال محمدٌ[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يعتقون وإن لم ينوهم سواء كان الدينُ مستغرقًا أو لم يكن، بناءً علىٰ أنَّ الدَّين إذا كان مستغرقًا يمنع ثبوتَ الملكِ للمولىٰ في أكساب المديون عند أبي حنيفة[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندهما: لا يمنع، وأبو يوسف[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ شَرَطَ النيةَ؛ لأنَّ في الإضافة إليه خللًا، فلا يدخلون تحت مطلقِ الإضافةِ إلَّا بالنية.

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٧١، و«الهداية» ٣/ ٣٦٣، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٨-٢٨٩، و«اللباب» ٤/ ١٦-١٧.

(٢) في (ب) و(ج): (عبيده).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣١٥، و«فتح القدير» ٥/ ١٧١-١٧٢ ، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٤٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٧٤.

قال: (أو لا ينامُ علىٰ هٰذا الفراشِ فنامَ عليه وفوقه قرامٌ حنث).

رجلٌ حلف لا ينامُ علىٰ فراشٍ معينٍ فنام علىٰ فراش جعل فوقه قرام -وهي الشقة- حنث؛ لأنَّ القرام تبع للفراش فيُعدُّ نائمًا عليه، وقد أشارَ إلىٰ ذلك لفظُ المتن بقوله: (فنام عليه وفوقه قرام) فأطلق عليه ٱسم النوم ولم يعد القرام حائلًا[١].

قال: (ولو جعل فوقَهُ آخرَ يحنثه وخالفه).

إذا حلَفَ لا ينامُ علىٰ هٰذا الفراشِ فجعل فوقَه فراشًا آخرَ فنام عليه يحنثُ عند أبي يوسف[١]؛ لأنَّه نام عليهما جميعًا حقيقةً وعرفًا، فإنه يقال: نام علىٰ فراشين. وإذا نام عليهما فقد نام علىٰ واحدٍ منهما، ووجد منه ما يحنث به وزيادة، كمن حلف لا يكلِّمُ فلانًا فسلَّم علىٰ جمعٍ وهو بينهم بقوله: سلام عليكم. /١٣٦ب/

وقال محمدٌ[٢] رحمه الله: لا يحنث؛ لأنه إنما نامَ على الأَعلىٰ دونَ الأدنىٰ، وما نام عليه غيرُ المحلوف عليه، ولا يمكن جعلُه تبعًا للمحلوف عليه؛ لأنه مثيله والشيءُ لا يستتبع ما هو مثله، والمذكورُ في القدوري[٣] هو قولُ محمدٍ[٢] رحمه الله، وهو المختارُ.

---

(١) «الجامع الكبير» ص٦٤، و«مختصر الطحاوي» ص٣٢٢، و«الهداية» ٢/ ٣٧٧، و«اللباب» ٤/ ٢٠.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٢٢، و«الهداية» ٢/ ٣٧٧، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٥٥-١٥٦، و«اللباب» ٤/ ٢٠.

(٣) «الكتاب» ٤/ ٢٠.

قال: (أو لا يجلسُ على الأرضِ فجلس علىٰ حصيرٍ لم يحنث).

لأنه لا يُعدُّ جالسًا على الأرض عرفًا، بخلاف ما لو جلس على الأرضِ بثيابه؛ لأنَّ ثيابَهُ تبعٌ (له)[1] فلا تعتبر حائلة[2].

قال: (أو علىٰ هٰذا السريرِ فجلس عليه وفوقه حصيرٌ حنث لا سرير آخر).

إذا حلف لا يجلسُ علىٰ سريرٍ معينٍ فجلس عليه وفوق السريرِ حصيرٌ أو بساطٌ يحنث؛ لأنه يُعدُّ جالسًا عليه عرفًا، وكذلك إذا حلف لا يجلس على الأسرةِ. ولو جعل فوقه سريرًا آخرَ فجلس على الثاني لم يحنث؛ لما مرَّ أنَّ الشيءَ لا يستتبع مثله فانقطعت النسبةُ[3].

---

(١) من (ب) و(ج).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٢٢، و«الهداية» ٣/ ٣٧٧، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٥٥-١٥٦، و«اللباب» ٤/ ٢٠.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٢٢، و«الهداية» ٣/ ٣٧٨، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٢، و«اللباب» ٤/ ١٩.

فصل في اليمين في الأكل والشرب

قال: (ومن حلف لا يأكلُ من هٰذِه النخلةِ كان علىٰ ثمرها).

لأنه أضاف اليمينَ إلىٰ ما لا يؤكل فانصرف إلىٰ ما يؤكل؛ لكونه سببًا له فكان مجازًا عنه، وإنما يحنث إذا أكل ثمرَها، وهي هي لم تتغير صفتُها بفعل فاعلٍ مختارٍ، حتىٰ لو أكله دبسًا مطبوخًا أو خلًّا لم يحنث؛ لانقطاع النسبة[(١)].

قال: (أو من هٰذا البسرِ فترطَّبَ لم يحنث).

إذا حلف لا يأكل من هٰذا البسرِ فصار رطبًا فأكله لم يحنث، وكذلك لو حلفَ لا يأكل من هٰذا الرطبِ فصار تمرًا، أو من هٰذا اللبن فصار شيرازًا[(٢)]؛ لأنَّ وصفَ البسورة والرطوبة واللبنية داعيةٌ إلى اليمين فيتقيد اليمينُ به، وهٰذا هو الأصلُ، فالوصفُ متىٰ كان داعيًا إلى اليمين يتعلق به وإلَّا تعلقت اليمينُ بالذات، وهٰذا بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هٰذا الصبيَّ أو هٰذا الشابَ فكلَّمه بعد ما شاخ؛ لأنَّ هجرانَ المسلمِ بمنع الكلام منهيٌّ عنه، فألغى الشرع هٰذِه الداعيةَ في الوصفِ فالتحق بالمهجور عادةً[(٣)].

---

(١) «الهداية» ٣/ ٣٦٣-٣٦٤، و«المبسوط» ٨/ ١٨٠-١٨١، و«الاختيار» ٤/ ٢٩٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٤٥، و«اللباب» ٤/ ١٣-١٤.

(٢) الشِّيرازُ: اللبن الرائب المستخرج ماؤه.
«القاموس المحيط» مادة: شرز ٤٦٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٢٠، و«المبسوط» ٨/ ١٨٢، و«فتح القدير» ٥/ ١١٨، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٥٧، و«اللباب» ٤/ ١٤.

قال: (أو لحم هٰذا الحمل فصار كبشًا حنث).

لأنَّ صفةَ الصغيرِ ليست بداعيةٍ إلى اليمين، فإن الممتنعَ عنه يكونُ أشدَّ ٱمتناعًا عن أكل لحم الكبش[1].

قال: (أو بسرًا فأكل رطبًا لم يحنث).

لأنَّ المأكولَ غيرُ المحلوف عليه، إذ الرطبُ غيرُ البسر[2].

قال[3]: (أو بسرًا فأكل رطبًا مذنِّبًا أو بالعكس لم يحنث).

(إذا حلف لا يأكلُ بسرًا فأكل رطبًا مذنِّبًا)[4]، وهو الرطب الذي في ذنبه قليل (بسرٍ، أو لا يأكل رطبًا فأكل بسرًا مذنِّبًا، وهٰذا هو العكسُ وهو البسرُ الذي في ذنبه قليلُ)[4] رطبٍ يحنث عند أبي حنيفة[5] ومحمدٍ[5] رحمهما الله.

وقال أبو يوسف[5] ﷺ: لا يحنثُ؛ لأنَّ البسرَ المذنَّبَ لا يسم رطبًا، ولا الرطب المذنب يسمىٰ بسرًا، فكان آكلًا غيرَ ما حلف عليه، يؤيده أنه لو حلف علىٰ ذلك في البيعِ والشراءِ لم يحنث أعنىٰ: إذا حلف لا يشتري رطبًا فاشترىٰ بسرًا مذنَّبًا، أو حلف لا يشتري بسرًا فاشترىٰ رطبًا مذنَّبًا؛ لعدم ٱستباق الفهم إلىٰ ذلك.

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣٦٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٩٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٤٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٢٦، و«اللباب» ٤/ ١٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٢٠، و«المبسوط» ٨/ ١٨٢، و«فتح القدير» ٥/ ١١٨، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٥٧، و«اللباب» ٤/ ١٤.

(٣) من (ج).

(٤) ساقطة من (ب).

(٥) «المبسوط» ٨/ ١٨٤، و«الهداية» ٢/ ٣٦٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٢٦-١٢٧، و«اللباب» ٤/ ١٤.

ولهما: أنَّ أَكْلَ الرطبِ المذنَّبِ أَكْلٌ للرطب والبسر جميعًا، لاشتماله عليهما وكذا بالعكس، وكل واحد منهما مقصودٌ بالأكل؛ لمصادفته كلا منهما، وصار كما لو ميَّز ما حلف عليه فأكله، بخلاف الشراء؛ لمصادفته الجملة فيتبع فيه القليل الكثير[1].

قال: (أو لحمًا فأكل سمكًا يحنثه).

قال أبو يوسف[2] رحمه الله فيما روي عنه، وهو قولُ مالكٍ[3] رحمه الله: إذا حلفَ لا يأكل لحمًا فأكل السمكَ يحنث.

وقال أبو حنيفة[4] ومحمدٌ[4] رحمهما الله: لا يحنث. لأبي يوسف ومالك رحمهما الله قوله تعالىٰ: ﴿ لِتَأْكُلُوا۟ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا ﴾ [النحل: ١٤] والمراد: لحمَ السمكِ إجماعًا فيتناوله الإطلاقِ.

ولهما: أنَّ الفهمَ عند إطلاقِ ٱسم اللحمِ لا يتبادرُ إلىٰ لحمِ السمك فلا يتناوله اليمينُ إلَّا بالنية؛ وهٰذا لأنَّ العرفَ قاضٍ على الحقيقة، وفي العرف لا يطلق ٱسمُ اللحم عليه، ولا يقال لبائعه: لحَّام بل سمَّاك، والأيمانُ مبنيةٌ على العرفِ، فإن قيل: وكما لا يتبادرُ الفهمُ إلى السمك عند إطلاق اللحمِ لا يتبادر إلىٰ لحمِ الإنسان ولحمِ الخنزير والكلب، ولو أكل منها شيئًا حنث. قلنا: لحمان ما خلا السمك مشتركٌ في التغذيةِ

---

(١) «المبسوط» ٨/ ١٨٤، و«الهداية» ٢/ ٣٦٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٢٦-١٢٧، و«اللباب» ٤/ ١٤.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٢٠، و«المبسوط» ٨/ ١٧٥-١٧٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٢٧، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٥٧، و«اللباب» ٤/ ١٤.

(٣) «الكافي» ص١٩٦.

(٤) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٦٥، و«الهداية» ٢/ ٣٦٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٩٧، و«درر الحكام» ٢/ ٥٠.

والتولد من دم إذا شُمِّسَ ٱسود إلَّا أن بعضها حرام، واليمين قد تعقد للامتناع من الحرام؛ ولهٰذا فإنَّ إطلاق ٱسم اللحم عليها كلِّها إطلاقٌ واحد حقيقي، بخلاف السمك؛ لأنه غيرُ متولد منْ دم إذا شُمِّسَ ٱسود، بل يبيض ولا يطلق عليه أنه لحمٌ بل سمكٌ، وتفاوت ما بين لحمي السمك وغيره من اللحوم ظاهرٌ في التغذية والمنافع، فلا يتناوله من غير نية، وادَّعىٰ أن الفهمَ لا يتبادر إلىٰ تلك اللحوم الموصوفة بالحرمة ممنوعٌ، فإنَّ (كلَّ)[1] من لم يعتقد حرمتها ولم ينفر طبعه منها يتبادر فهمه إليها حسب تبادره إلىٰ غيرها، ولا يتبادرُ إلى السمك. وهٰذِه الروايةُ عن أبي يوسف[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ من زوائد «المنظومة» ذكرها في «ملتقى البحار»[3] ووقع الٱستغناءُ بالخلاف بين أصحابنا رحمهم الله عن ذكر الخلاف مع مالكٍ[4] رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

قال: (أو شحمًا فهو علىٰ شحمِ البطن، وقالا: علىٰ شحمِ الظهر أيضًا).

إذا حلف لا يشتري شحمًا أو حلف لا يأكل شحمًا. قال أبو حنيفة[5] رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: لا يحنث إلَّا بشحم البطن.

---

(١) في (ج): (أكل).

(٢) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٦٥، و«الهداية» ٢/ ٣٦٤، و«الاختيار» ٤/ ٢٩٧-٢٩٨، و«درر الحكام» ٢/ ٥٠.

(٣) يعني: «ملتقى الأبحر» ١/ ٥٥٩.

(٤) «الكافي» ص١٩٦.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٣١٣، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٦٥، و«المبسوط» ٨/ ١٨٣-١٨٤، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٤٨-٣٤٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٥٩.

(وقالا[١])[٢]: يحنث بأكل شحمِ الظهرِ أيضًا؛ لأنَّ شحمَ الظهر شحمٌ بدليل الاستثناء في قوله تعالىٰ: ﴿حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَآ إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَآ﴾ [الأنعام: ١٤٦] والأصلُ في الاستثناء / ١٣٧أ/ أن يكون من الجنس؛ لأنَّه الحقيقةُ.

وله: أنَّ (لحمَ)[٣] الظهر (شحمٌ)[٤] حقيقةً. ألا ترىٰ أنه لو حلف لا يأكل لحمًا فأكل شحمَ الظهرَ -أي: اللحم السمين الذي على الظهر- يحنث، وبين الشحمِ واللحم تغايرٌ في الذات وتفوات في المنافع، والاستثناءُ في الآية منقطعٌ؛ لأنَّ ما ﴿ٱخْتَلَطَ بِعَظْمٍ﴾ معطوفٌ على المستثنىٰ وهو لحم بالإجماع. واختلف المشايخُ في محل الخلاف، فقيل: هو اللحمُ السمينُ الذي على الظهر. وقيل: هو الشحمُ المتصلُ بالظهر من داخل. فإن كان الأولُ، فالحق ما قاله أبو حنيفة[٥] رحمه الله، وإن كان الثاني فالحقُ هو قولهما[٥]. وهٰذا كله فيما إذا حلف بلفظ العربية على الشحم، أمَّا إذا حلف بالفارسيةِ بلفظ «پيه» فإنه لا يحنث بأكل اللحم السمين الذي على الظهر عندهم جميعًا، ويحنث بأكل الشحم المتصلِ بالظهر عندهم جميعًا، ولو حلف لا يأكل أو لا يشتري لحمًا أو شحمًا فاشترىٰ أو أكل إليةً لم يحنث؛ لأنه نوعٌ ثالث[٦].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣١٣، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٦٥، و«المبسوط» ٨/ ١٨٣-١٨٤، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٤٨-٣٤٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٥٩.

(٢) في (ب) و(ج): (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله).

(٣) في (ب) و(ج): (شحم). (٤) في (ب): (لحم).

(٥) «فتح القدير» ٥/ ١٢٣، و«الاختيار» ٥/ ٢٩٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٢٨، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٤٩.

(٦) «بدائع الصنائع» ٣/ ٩٩، و«الهداية» ٢/ ٣٦٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٩٧-٢٩٨، و«تبيين

قال: (أو من هٰذِه الحنطة فالحنث بقضمها، وقالا: يأكل خبزها أيضًا).

إذا حلف لا يأكل من هٰذِه الحنطة، قال أبو حنيفة[١]: لا يحنث حتىٰ يقضمها قضمًا.

(وقالا)[٢]: إذا أكل من خبزها حَنَثَ أيضًا، والأصلُ في هٰذِه المسألة أن المجازَ المتعارف راجحٌ على الحقيقة المستعملة عندهما[٣]، وأكلُ الخبز من هٰذِه اليمين هو المتعارف.

وعنده[٣] الحقيقةُ المستعملةُ أولىٰ من المجاز الراجح بالمتعارف، والحقيقةُ هٰهنا غيرُ متعذرةٍ فإنَّ الحنطة تقل وتعلىٰ وتؤكل قضمًا، والمسألةُ مقررةٌ في الأصول. ولو أكل من عينها ذكر في «الأصل» ما يدلُّ علىٰ أنه لا يحنث عندهما[٤]، فإنه قال: ينصرفُ يمينُهُ إلىٰ ما يصنع الناس من الحنطة. وذكر في «الجامع الصغير»[٥] ما يدلُّ علىٰ أنه يحنث عندهما، فقال: وعندهما[٦] إذا أكل من خبزها حنث أيضًا.

وقال شمسُ الأئمة ﷺ: والصحيحُ أنه يحنثُ بالأكل من عينها عندهما[٧] كما يحنث بأكل خبزها وهو المذكورُ في المتن، كما لو حلف

الحقائق» ٣/ ١٢٨، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٤٩.

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣١٣، و«المبسوط» ٨/ ١٨١، و«بدائع الصنائع» ٣/ ٩٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦، و«اللباب» ٤/ ١٥.

(٢) في (ب) و(ج): (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله).

(٣) «الهداية» ٢/ ٣٦٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٩٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٢٩.

(٤) «الأصل» ٣/ ٢٤٣.

(٥) «الجامع الصغير» ص ٢٥٧.

(٦) «الهداية» ٢/ ٣٦٥، و«الاختيار» ٤/ ٢٩٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٢٩.

(٧) «المبسوط» ٨/ ١٨١.

لا يضع قدمَهُ في دار فلانٍ يحنث إذا دخلها راكبًا أو (حافيًا)[(١)]؛ لكونه صار مجازًا عن الدخول فاعتبر عموم المجاز، كذلك هٰهنا جعل مجازًا عن الأكل من أجزاء هٰذِه الحنطة فيتناول أكل خبزها وعينها.

قال: (وحنثه بأكل سويقها).

إذا حلف لا يأكلُ من هٰذِه الحنطةِ فأكل من سويقها حنث عند محمد[(٢)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا[(٢)]: لا يحنث.

أما أبو حنيفة[(٢)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ فاعتبر الحقيقةَ المستعملةَ كما مرَّ، ومحمد[(٢)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ يقول: ٱنصرفت اليمينُ إلىٰ ما يتخذ من الحنطة عرفًا فيتناول السويق.

وأبو يوسف[(٢)] يقول: العرفُ ماضٍ في ذلك بالانصراف إلى الخبز فلا يتناول السويقُ.

أقول: كلامُ أبي يوسف[(٢)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ هٰذا على الرواية الناطقةِ بأنه لا يحنث بقضمها أشد التئامًا، وأما على الرواية الأخرى التي ٱعتُبِرَ فيها عمومُ المجاز فقول محمد[(٢)].

قال: (أو من هٰذا الدقيقِ فأكل خبزَهُ حَنَثَ).

لأنَّه تعذَّر العمل بالحقيقةِ؛ لأن عينَهُ غيرُ مأكول فانصرف إلىٰ ما يتخذ منه، ولو أَسَفَّهُ كما هو لم يحنث؛ لتعين المجاز مرادًا هو الصحيحُ[(٣)].

---

(١) في (ب): (جالسًا).

(٢) «المبسوط» ٨/ ١٨١، و«فتح القدير» ٥/ ١٢٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٢٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٤٩.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣١٣، و«المبسوط» ٨/ ٨٠-٨١، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦٠، و«بدائع الصنائع» ٣/ ٩٩-١٠٠، و«اللباب» ٤/ ١٥-١٦.

قال: (أو خبزًا ٱعتبر المعتاد في المصر فلا يحنثُ بخبز الأرز والقطائف بالعراق).

وهٰذا لأنَّ اليمينَ مبناها على العرف، فما (تعارف)[١] أهلُ المصر أكله خبزًا ٱنصرف إليه، وهو خبزُ الحنطة والشعير فإنه الغالبُ في البلدان، فلو أكل خبزَ الأرز بالعراق أو خبز القطائفِ لم يحنث؛ لعدم تعارف أكله خبزًا عندهم[٢]، قالوا: حتىٰ لو كان بطبرستان[٣] أو في مصرٍ آخرَ يعتاد أكله خبزًا ٱنصرف إليه وحنث بأكله.

قال: (أو شواءً كان على اللحم).

إذا حلف لا يأكلُ شواءً فهو على اللحم دون الباذنجانِ والجزرِ وغير ذلك؛ لأنه لا ينصرفُ إلىٰ غير اللحمِ عند الإطلاق للعرف، إلَّا إذا نوىٰ ما يُشوىٰ من بيضٍ أو غيره؛ لأنه نوى الحقيقةَ[٤].

قال: (أو طبيخًا فعلىٰ ما يطبخ منه).

أي: من اللحم، وهٰذا ٱستحسانٌ ٱعتبر فيه العرفُ؛ وهٰذا لأنه تعذر الحملُ على العمومِ فوجب الحملُ علىٰ خاصٍّ متعارفٍ وهو اللحمُ

---

(١) في (ب): (تعرف).

(٢) «الهداية» ٢/ ٣٦٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٩٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٢٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٤٩-٣٥٠.

(٣) طبرستان: بلد من بلاد خراسان سميت بذلك لأن الشجر كان حولها كثيرًا فلم يصل إليها جنود كسرىٰ حتىٰ قطعوه بالفأس والطبر بالفارسيه الفأس وتُحد من المشرق بجرجان ومن المغرب بالديلم.
«مجمع البلدان» ٤/ ١٣ ، و«الروض المعطار» ص ٣٨٣.

(٤) «المبسوط» ٨/ ١٧٨، و«فتح القدير» ٥/ ١٢٧، و«درر الحكام» ٢/ ٤٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦١، و«اللباب» ٤/ ١٧.

المطبوخُ بالماء، إلَّا أن ينوي غيرَ ذلك لما فيه من التشديد علىٰ نفسه، ويحنث بأكل مرقةِ اللَّحمِ لما فيها من أجزاء اللحم، ولإطلاق الطبيخ على المرق عرفًا[1].

قال: (أو رأسًا ٱعتبر المتعارف).

إذا حلف لا يأكل الرؤوس أو رأسًا ٱنصرفت يمينه إلىٰ ما يُكبسُ في التنانير ويُباع في المصر. وذكر في «الجامع الصغير»[2]: لو حلف لا يأكل رأسًا فهو علىٰ رؤوسِ الغنمِ والبقر عند أبي حنيفة[3] رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا[3]: علىٰ رؤوس الغنمِ خاصةً، وهٰذا ٱختلافُ عصرٍ وزمانٍ فإنَّ النّاسَ في زمن أبي حنيفة[3] رَحِمَهُ ٱللَّهُ تعارفوا بيعَ رؤوسِ الغنم والبقر، فأفتىٰ بما كان عليه أهلُ زمانه، وفي زمنهما[3] تعارفَ النّاسُ ببيع رؤوس الغنم خاصةً فأفتيا بذلك، فالفتوىٰ علىٰ ما يكون عليه التعارفُ وهو ما يُكبسُ في التنانير ويُباعُ في المصر كما ذكره القدوري[4] رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ فلذلك أسقطت الخلافَ في المسألة رجوعًا إلى المفتىٰ به، ولا يحنثُ بالإجماع في رؤوس[5] العصفور والجزور إلَّا في روايةٍ عن الإمام[6].

---

(١) «بدائع الصنائع» ٣/ ٩٦، و«الهداية» ٢/ ٣٦٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٩٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٢٩-١٣٠، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٠.

(٢) «الجامع الصغير» ص٢٥٦-٢٥٧.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣١٣، و«المبسوط» ٨/ ١٧٨، و«بدائع الصنائع» ٣/ ٩٥، و«فتح القدير» ٥/ ١٢٧-١٢٨، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦٠.

(٤) «الكتاب» ٤/ ١٨.

(٥) في (ب): (رأس).

(٦) «المبسوط» ٨/ ١٧٨، و«بدائع الصنائع» ٣/ ٩٥، و«فتح القدير» ٥/ ١٢٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٣٠، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦١.

قال: (أو فاكهةً فأكل عنبًا /١٣٧ب/ أو رمَّانًا أو رطبًا فهو غيرُ حانثٍ).

إذا حلف لا يأكلُ فاكهةً قال أبو حنيفة[1] رحمه الله: لا يحنثُ بأكل الرمانِ والعنبِ والرطبِ.

وقالا[1]: يحنث بأكلها؛ لأنها أَنْفسُ الفواكه؛ إذ الفاكهةُ ما يتفكه بها، أي: يتنعم بها قبلَ الطعام وبعده، فالعادةُ جاريةٌ بذلك في هٰذِه الأشياء فيتناولها اليمينُ.

وله: أنَّ اللهَ تعالىٰ عطفها على الفاكهةِ مرةً وعطف الفاكهة عليها أخرىٰ، والعطفُ يقتضي التغاير فلم يتناولُها الإطلاقُ، فإنِ قيل بعطف النوع على الجنس تشريفًا له وإظهارًا لفضله، كقوله تعالىٰ: ﴿ مَن كَانَ عَدُوًّا لِّلَّهِ وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبۡرِيلَ وَمِيكَىٰلَ ﴾ [البقرة: ٩٨]. فالجوابُ أنه يمنع من ذلك هٰهنا أن الكرمَ لا يقتضي في موضع الاُمتنان أن يذكر في مقام واحدٍ نعمةً واحدةً بلفظين مختلفين فلم يكن ذكر هٰذِه الأشياء معطوفًا على الفاكهةِ إلَّا للامتنانِ بنعمٍ متعددةٍ مع الفاكهة؛ لاقتصار حالة اُمتنان الكريم لذلك؛ ولأنَّ هٰذِه الأشياءَ فواكهُ من وجهٍ دون وجه، فلا تدخلُ في الإطلاق إلَّا بالنيَّة اُعتبارًا بالمكاتب في عدم دخوله تحت مطلقِ اُسم المملوك إلَّا بالنيَّة في قوله: كلُّ مملوكٍ لي حرٌّ فإنه يعتق مدبروه وأمهاتُ أولاده [وعبيده (وعبيد عبيده)[2]، ولا يعتق مكاتبوه إلَّا بالنيَّة؛ لكون المكاتب مملوكًا من وجه دون وجهٍ فكذلك هٰهنا؛ وهٰذا لأن الرُّمانَ كما

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣٦٦، و«الاختيار» ٤/ ٢٩٥-٢٩٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٣٠-١٣١، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥١-٣٥٢.

(٢) من (ب).

يؤكل تفكهًا قبلَ الطعام وبعده يؤكل تداويًا، فكان دواءً من وجه وفاكهةً من وجه (والرطبُ كما تؤكل تفكهًا تؤكلُ تغذيًا، وكذلك العنبُ، فكان كلٌّ منهما غذاءً من وجه، وفاكهةً من وجه)[١] فلم يدخل تحت الإطلاق إلَّا بالنيَّة[٢].

قال: (أو إدامًا فهو علىٰ ما يصطبغُ به وحنثه بأكل اللحم والجبن أو البيض مع الخبز ويوافقهما في روايتين).

أورد المسألةَ في «المنظومة»[٣] في باب محمد[٤] رَحِمَهُ ٱللَّٰهُ.

وذكر صاحبُ «الهداية»[٥] عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّٰهُ روايتين، وإحدى الروايتين وهو كونه مع محمد[٤] من الزوائد.

محمدٌ[٤] رَحِمَهُ ٱللَّٰهُ يقول: هٰذِه الأشياءُ تؤكل إدامًا عرفًا، والإدام من المؤادمة، وهي الموافقة، وهٰذِه موافقةٌ للخبز كاللحم والبيض ونحو ذلك.

ولأبي حنيفة[٦] رَحِمَهُ ٱللَّٰهُ أنَّ حقيقةَ الموافقةِ في الاْجتماع علىٰ وجه لا يقبل الفصل أو يقرب منه كالخلِّ والزيت والزبد والمرقة ونحو ذلك، وهٰذِه

---

(١) من (ب).

(٢) «المبسوط» ٨/ ١٧٨، و«بدائع الصنائع» ٣/ ٩٥، و«فتح القدير» ٥/ ١٢٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٣٠، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦١.

(٣) المنظومة لوحة (٨٩).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣١١-٣١٢، و«المبسوط» ٨/ ١٧٦-١٧٧، و«فتح القدير» ٥/ ١٣٠، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦٢.

(٥) «الهداية» ٢/ ٣٦٦-٣٦٧.

(٦) «المبسوط» ٨/ ١٧٧، و«فتح القدير» ٥/ ١٣٠-١٣١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٣٢، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٢-٣٥٣.

الأشياءُ قابلةٌ للفصل فلا تكون شديدةَ الموافقةِ للخبر، بل هي مجاورةٌ له كالبقلِ والتمرِ والبطيخِ والعنبِ في الأصحِّ. فالإدامُ حقيقةٌ فيما يصطبغ به، مجاز في غيره، والحقيقة والمجاز لا يجتمعان في لفظ واحد. وقد أريدت الحقيقةُ في بعض الصور فكذا في الباقية، فكلُّ ما يحتاج أكلُهُ إلىٰ موافقة غيره فهو إدامٌ، وما لا يحتاج فليس بإدام.

قال: (أو إن أكلتُ اليومَ إلَّا رغيفًا فعبدي حرٌّ فأكله بأحد هٰذِه لم يحنثه، وخالفه).

رجلٌ قال: إن أكلتُ اليومَ إلَّا رغيفًا فعبدي حرٌّ فأكله بلحمٍ أو جبنٍ أو بيضٍ لم يحنث عند أبي يوسف[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه عقد اليمين علىٰ الأكل واستثنىٰ رغيفًا، فقد أخرج رغيفًا عن شرط الحنث، فيخرج هو وما كان تبعًا له، وهٰذِه الأشياءُ تؤكل تبعًا للرغيف عادةً. ويقال: ما أكلتُ اليوم إلَّا رغيفًا، وإن ٱتفق أكله ببعض هٰذِه الأشياء، وصار كما لو أكله ببعض ما يصطبغ به كالخلِّ والملح والعسل.

وقال محمدٌ[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ يحنث؛ لأنَّ هٰذِه الأشياءَ تؤكل وحدها وتؤكل تبعًا فلا تثبت التبعيةُ بالشكِّ، فلا يخرج عن اليمين باستثناء الرغيف، فإن قيل: قياسُ هٰذا الخلاف أن يقول أبو يوسف[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الحلف علىٰ أن لا يأكل إدامًا ما يقوله محمد[1]، وأن يقول محمدٌ[1] ما يقوله أبو يوسف[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه يقتضي أن من حلف لا يأكل إدامًا أن لا يحنث بأكل هٰذِه الأشياء مع الخبز عند محمد[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه لم يجعلها تبعًا هٰهنا فلا تكون إدامًا؛ إذ

---

(١) «المبسوط» ٨/ ١٧٧، و«الهداية» ٢/ ٣٦٧، و«الاختيار» ٤/ ٢٩٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٢-٣٥٣.

الإدامُ ما كان تبعًا ومع ذلك يحنث عنده، وأبو يوسف[١] قد جعلها تبعًا هٰهنا فكان قياسُ قوله أن يحنث في فصل الإدام بأكلها؛ لأنَّ الإدامَ ما يؤكل تبعًا للخبز، ومع ذلك لا يحنث عنده في فصل الإدام، فقد عكسا ما أصَّلاه.

قلنا: العذرُ لمحمد[١] أنَّ اليمين هٰهنا تناولت جميعَ المأكولاتِ، وقد ٱستخرج منها بالاستثناء رغيفًا، فلا يخرج منها إلَّا رغيفٌ وما لا يؤكل إلَّا تبعًا له. وهٰذِه الثلاثةُ قد تؤكل وحدها فلا تخرج عن اليمين بالاستثناء، وأمَّا في فصل الإدام فاليمينُ معقودةٌ علىٰ ما هو إدامٌ مطلقًا فينصرفُ إلىٰ ما هو إدامٌ عرفًا. وهٰذِه إدام عرفًا فيتناولها اليمينُ.

والعذرُ لأبي يوسف[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنها إدام من حيث تؤكل مع الخبز غالبًا، وغير إدام من حيث تؤكل وحدها فلا يحنثُ مَنْ حَلَفَ لا يأكل إدامًا فأكلها بالشكِّ؛ لكونها إدامًا من وجهٍ دون وجهٍ، وكذا مَنْ حلف لا يأكل اليوم إلَّا رغيفًا لم يحنث بالشكِّ، فمن حيث إنها تبعٌ للرغيف المستثنىٰ خرجت من اليمين باستثناء الرغيفِ، ومن حيث أنها تؤكل وحدها ٱنعقدت اليمينُ عليها، ودخل في حكمها فلم ينعقد عليها بالشكِّ والاحتمال، كما لو قال: لفلان علىٰ ألفُ درهم إلَّا مائةً أو خمسين لا تجب عليه إلَّا تسعمائة؛ لوجود الشكِّ في الإقرار بالزائد علىٰ تسعمائة؛ لأنَّ الٱستثناء تكلمٌ بالحاصل /١٣٨أ/ بعد الثنيا عندنا[١].

---

(١) «المبسوط» ٨/ ١٧٧، و«الهداية» ٢/ ٣٦٧، و«الاختيار» ٤/ ٢٩٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٢-٣٥٣.

قال: (أو لا يتغدىٰ يحنث بالأكل من الفجر إلى الظهر، أو لا يتعشَّىٰ فمنه إلىٰ نصف الليل، أو لا يتسحَّر فمنه إلى الفجر).

إذا حلف لا يتغدىٰ، فالغداء: الأكلُ من طلوع الفجرِ إلىٰ صلاة الظهر، والعشاءُ: من صلاة الظهر إلىٰ نصف الليل؛ لأنَّ ما بعد العِشاءِ يسمىٰ عشيًا، ويسمى الظهرُ إحدىٰ صلاتي العِشاءِ، والسحور: مأخوذٌ من السحر، فهو ما بعد نصف الليل إلىٰ طلوع الفجر، وإطلاقُه علىٰ ما بعد نصف الليل؛ لقربه من السحر، ثم الغداءُ والعشاءُ ما يقصد به الشبعُ في العادة، وعادة كل أهل بلدة معتبرةٌ (علىٰ تفهم)[1] في حقهم، ويشترط أن يكون أكثر من نصف الشبع[2].

قال: (أو إن أكلتُ أو شربتُ أو لبستُ (وخصَّصَ لم يسمع مطلقًا، أو طعامًا أو شرابًا أو ثوبًا فخصص، قُبل ديانة).

هاتان مسألتان من الزوائد.

الأولىٰ: إذا قال: إن أكلتُ أو شربتُ أو لبستُ)[3] فعبده حرٌّ -بحذف المفعول- ثم قال: عنيت شيئًا دون شيء لم يسمع ديانة ولا قضاءً، وهٰذا معنىٰ قوله: (مطلقًا) وقد نبه علىٰ معنى الإطلاق بقوله في المسألة الثانية: (قبل ديانة)[4].

---

(١) من (ج).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣١٣، و«الهداية» ٢/ ٣٦٧، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦٣، و«اللباب» ٤/ ٢٢-٢٣.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٩، و«الهداية» ٢/ ٣٦٧، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٤،

المسألة الثانية: إذا قال: إن أكلتُ طعامًا أو شربتُ شرابًا أو لبستُ ثوبًا فعبده حرٌّ فصرح بالمفعول ثم خصص فقال: عنيت شيئًا دون شيء لم يُدَن في القضاء خاصةً، وسمع منه ديانةً، والفرقُ أنَّ النيَّةَ إنما يصح ٱعتبارها في الملفوظ، والثوبُ وما يضاهيه غيرُ مصرح به في المسألة الأولىٰ، وإنما هو ثابتٌ بطريق الٱقتضاء، والمقتضي لا عموم له، ونيةُ التخصيص فيما لا عموم له لغوٌ، وأمَّا في المسالةِ الثانيةِ فهو مصرحٌ به، فصحت نيةُ التخصيص؛ لأنه نكرةٌ في محلِّ الشرط فاقتضت العمومَ، إلَّا أنه لما كان خلاف الظاهر لم يصدق في القضاء وصدق فيما بينه وبين الله تعالىٰ[1].

قال: (أو لا يشربُ من دجلةَ فهو على الكرع وحنثاه بالشرب من مائها).

لهما[2]: أن الشربَ بالإناء من مثل هٰذِه اليمين هو المتعارفُ، يقال: فلانٌ يشرب من نهر كذا، وأهلُ بغدادَ يشربون من دجلةَ، والمراد: ماؤها فانصرفت اليمينُ إلىٰ ماء دجلة عملًا بالعرف الغالب.

وله[2]: أنَّ الشربَ من دجلة حقيقةً. هو أن يكون ٱبتداءُ الشربِ متصلًا بدجلة، وذلك بالشربِ منها كرعًا، وأصل أبي حنيفة رحمه الله أن الحقيقةَ إذا كانت مستعملةً فهو أولىٰ من المجاز المتعارف، ولا تترك الحقيقةُ إلَّا إذا تعذَّر العملُ بها، فحينئذٍ يكون المجازُ أولىٰ.

و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٣٣.

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٩، و«الهداية» ٢/ ٣٦٧، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٣٣.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٢١، و«المبسوط» ٨/ ١٨٧-١٨٨، و«بدائع الصنائع» ٣/ ١٠٦، و«فتح القدير» ٥/ ١٣٦-١٣٧، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٦، و«اللباب» ٤/ ١٥.

قال: (أو من ماءِ دجلةَ حنث بالغرفِ).

إذا صرَّح فقال: واللهِ لا أشربُ من ماء دجلةَ فشرب منها بإناء (واغترافًا)[١] بيده حنث إجماعًا[٢]؛ لأنَّ الشرطَ شربُ ماء منسوبٍ إلىٰ دجلة، والغرف لا يقطعُ النسبةَ فصار كما إذا شربَ من نهر يأخذ من دجلةَ[٢].

قال: (ولا يجعل تصور البر شرطًا لانعقاد اليمين المطلقة وبقاء المؤقتة فيحكم بحنثه في يمينه ليشربن ماءَ هٰذا الكوز [اليوم][٣] فصب قبل مضيه، أو ليأكلن هٰذا الرغيفَ فأكل قبلَه، أو ليقضينه حقه فسقط بالإبراء أو ليقتلنه فماتَ أو كان جاهلًا بموته، أو إن رأيت عَمْرًا فلم أعلمك فعبدي حرٌّ، ثم رآه معه).

ذكر أصلًا لأبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ وبنىٰ عليه فروعه، وفي زيادة هٰذا الأصل في الكتاب فائدة كيفية التفريع.

قال أبو يوسف رَحِمَهُ اللهُ: تصور البرِّ ليس شرطًا لانعقادِ اليمينِ المطلقةِ عن الوقت ولا في بقاء اليمين المقيدة بالوقت.

وقال أبو حنيفة[٤] ومحمد[٤] رحمهما الله: هو شرطٌ ويبنىٰ علىٰ هٰذا

---

(١) في (ج): (أو غير إناءٍ).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٢١، و«المبسوط» ٨/ ١٨٧-١٨٨، و«بدائع الصنائع» ٣/ ١٠٦، و«فتح القدير» ٥/ ١٣٦-١٣٧، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٦، و«اللباب» ٤/ ١٥.

(٣) من (ب) و(ج).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣١٥، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٧٣، و«فتح القدير» ٥/ ١٣٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٧-٣٥٨.

أنه إذا حلفَ ليشربن الماءَ الذي في هٰذا الكوزِ اليوم فصبَّ قبل مضي اليوم. قال أبو حنيفة ومحمدٌ رحمهما الله: لا يبقىٰ يمينُه ولا يحنثُ أبدًا.

وقال أبو يوسف[1] رَحِمَهُ اللهُ: يبقىٰ يمينهُ ويحنثُ في آخر جزءٍ من أجزاءِ الوقتِ حتىٰ تجبَ عليه الكفارةُ إذا مضى اليوم، وعلىٰ هٰذا الخلافِ لو قال: إن لم أشرب الماءَ الذي في هٰذا الكوزِ فامرأتي طالقٌ. فأهريق قبل (الليل)[2] لم يبق اليمين عندهما، وعنده يبقىٰ ويحنث إذا مضى اليومُ، وعلىٰ هٰذا إذا قال: واللهِ لأقتلنَّ فلانًا اليوم. فمات فلانٌ قبل مضي اليومِ لا يبقى اليمين عندهما[3]، وعنده[3] يبقىٰ ويحنثُ بمضي اليوم، وكذلك لو حلف ليقتلنَّه وهو جاهلٌ بموتهِ من قبل، وإنما شرط جهلَه بموتِه؛ لأنه لو علمَ بموته تنعقد يمينُه بالإجماعِ، ويحنثُ في الحال علىٰ ما نبينه إن شاء الله تعالىٰ.

وكذلك لو حلف أن يأكلَ هٰذا الرغيفَ، فأكل قبل الليلِ، أو قال: والله لأقضينَّ فلانًا حقه، وفلان قد مات ولا علم له به لم تنعقد اليمنُ عندهما[3]، وعنده[3] تنعقد ويحنثُ في الحال.

وكذلك لو قال: (والله)[4] لأقضينَّ فلانًا دينَه فأبرأه ذلك الرجلُ. وكذلك إذا قالَ لزيدٍ: إن رأيت عَمْرًا فلم أعلمك فامرأتي طالقٌ أو عبدي حرٌّ، ثم رأىٰ عَمْرًا مع زيدٍ فسكت ولم يقل شيئًا، أو قال: هٰذا هو عمرو

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣١٥، و«مختصر آختلاف العلماء» ٣/ ٢٧٣، و«فتح القدير» ٥/ ١٣٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٧-٣٥٨.

(٢) في (ب): (اليوم).

(٣) «مختصر آختلاف العلماء» ٣/ ٢٧١-٢٧٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٣٤-١٣٥، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٨-٣٥٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦٤-٥٦٥.

(٤) من (ب).

لا تُطَلَّق عندهما، وعنده تُطَلَّق، واقتصر في المتنِ علىٰ قوله: (ثم رآه معه) لاستواء الحكمِ في السكوتِ والكلام؛ لفوات الإعلامِ، وفي بعض نسخ «المنظومة»: ثم رآه معه فما نطق[1] أو قال: هٰذا هو، فالعبدُ عتق، وفي بعضها: ثم رآه معه فما نطق شيئًا ولم يعلمه فالعبد عتق، والنسخة الأولىٰ أصحُّ، ويدلُّ عليه إطلاقه في الحصر، حيث صورَّ المسالةَ فقال: وعلىٰ هٰذا إذا قال: إن رأيت فلانًا /١٣٨ب/ فلم أعلمك فعبدي حرٌّ، فرآه مع الرجل لم يحنث عند أبي حنيفة[2] ومحمد[2] رحمهما الله؛ لفوات الإعلامِ، وعند أبي يوسف[2] رَحِمَهُ اللهُ يحنث (لقيام)[3] اليمين مع فواتِ المعقودِ عليه، والأصل ما مرَّ أنَّ تصور البرِّ شرطٌ عندهما لا عنده. له أنَّه تاركٌ للمحلوف عليه فتلزمه الكفارةُ في اليمين بالله تعالىٰ، والطلاقُ والعتاقُ في اليمينِ بهما إلَّا أنَّه في اليمينِ المطلقةِ وليس في الكوزِ ماء يحنثُ عند الفراغِ منها، وفي المؤقتةِ إذا مضى الوقت؛ لأنَّ التوقيتَ للتوسعة فلا يجبُ عليه البرُّ إلَّا في آخر جزءٍ من أجزائه، وفي المطلقةِ يجبُ البرُّ كما فرغَ من اليمينِ وقد عَجَزَ عنه فتلزُمه الكفارةُ، وإنْ قيلَ: بلْ التوسعةُ في الإطلاقِ دون التوقيت.

قلنا: هو كذلك إذا كان البرُّ مرجوًّا كما إذا حلف ليأتين البصرةَ، وههنا البرُّ غير مرجو إذا أهريق الماء، وإنما يجب البر في المؤقتة في آخر الوقت؛ لأنَّ الفعلَ الذي لا يمتدُّ إذا أضيفَ إلىٰ وقتٍ ممتدٍ صار الوقتُ ظرفًا له

---

(١) المنظومة لوحة (٦٢).

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٧١-٢٧٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٣٤-١٣٥، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٨-٣٥٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦٤-٥٦٥.

(٣) في (ب) و(ج): (البقاء).

لا معيارًا، كصلاة الظهر في وقتها تتعين للأداء آخره على ٱحتمال أن يكون كلُّ جزءٍ منه وقتًا لأدائه باختياره، فإذا لم يفعل تعين الآخر، فكذلك فيما نحنُ فيه الشرب فعل غير ممتد أضيف إلى اليومِ فتعين آخره؛ لوجوبِ البرِّ فينزل على الخلافِ، فعندهما البر حينئذٍ غير متصورٍ فلم يحنث فبطلت اليمينُ، وعنده لا يشترط تصوره وهو تاركٌ للمحلوف عليه فيحنثُ.

ولهما: أنَّ رجاءَ الصدقِ شرطُ ٱنعقادِ اليمين؛ إذ اليمينُ يعقد على المنعِ من الفعل أو الحمل عليه أو الصدق في الخبر وذلك إنما يتحققُ مع رجاءِ الصدقِ، فما لا يتصورُ فيه لم ينعقد عليه اليمينُ كالغموس، بخلاف قوله: لأصْعَدنَّ السماءَ أو لأقلبنَّ هٰذا الحجرَ ذهبًا، حيث ينعقدُ ويحنثُ في الحال؛ لإمكان ذينك في القدرةِ الإلهية، فانعقد باعتبار (حال)[1] رجاء الصدقِ وحنث للعجزِ الحالي، ولا إمكانَ في مسألتنا؛ لأنَّ شربَ الماءِ الذي في الكوزِ ولا ماء فيه محالٌ، والقدرة له لا تعلُّقَ لها (بالمحال)[1]، وقصارى الأمرِ أن يحدثَ اللهُ في الكوز ماءً، لكنه لا يكون الماءَ المحلوف علىٰ شربهِ وقتَ اليمين.

ولهما: في الفرقِ بين المطلقةِ والمؤقتةِ فيما إذا كان في الكوز ماءٌ فأهريق فإنه يحنثُ في قولهم[2] جميعًا في اليمين المطلقة، ولا يحنثُ عندهما[3] في المؤقتةِ أنَّ فواتَ البر الواجب باليمين يستلزمُ وجوبَ

---

(١) من (ب).

(٢) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٧١-٢٧٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٣٤-١٣٥، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٨-٣٥٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦٤-٥٦٥.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣١٧-٣١٨، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٧١-٢٧٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٣٤-١٣٥، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٨-٣٥٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦٤-٥٦٥.

الكفارة، وقد تحقق بإراقةِ الماءِ في الحال فيتحققُ العجزُ عنه عادةً فيجب الحنث، كما إذا مات الحالفُ والماء باقٍ، وفي المؤقتة إنما يجب البرُّ في الجزء الأخير، ولَمَّا أهريق الماءُ قبله لم يجب البرُّ عند الجزء الأخير؛ لعدم رجاءِ الصدقِ إذ ذاك، فلم يبق اليمينُ كما لو عقدها ٱبتداءً في هٰذِه الحالةِ، ولو قال: واللهِ لأقتلنَّ زيدًا وهو يعلمُ بموته ينعقدُ يمينُه ويحنثُ في الحالِ؛ لتصور البرِّ لتعلق القدرةِ الإلهيةِ بإحيائه، فصار كقوله: لأصعدنَّ السماءَ.

والفرقُ بين علمه بحياتِهِ وجهلِهِ بها: أنه إذا لم يعلم بموتِهِ فإنما عقد يمينَه علىٰ تفويتِ حياتِهِ الموجودةِ فيه، وهي معدومةٌ حالَ اليمين فصار كشربِ الماءِ الذي في الكوزِ ولا ماءَ فيه، أمَّا إذا علمَ بموته فاليمينُ علىٰ حياةٍ يحدثها اللهُ فيه فانعقدت باعتبار القدرةِ، وحنث للعجز الحالي حتىٰ لو قال: لأقتلَ هٰذا الميتَ لا ينعقد يمينُه أصلًا لموضع الٱستحالةِ؛ لأَنَّه عَقَد يمينه علىٰ تفويت حياةٍ معدومةٍ حالَ اليمين، ولو أحدثَ الله فيه حياةً لم تكن هي المحلوفُ علىٰ تفويتها؛ لأنَّ هٰذِه موجودةٌ وتلك معدومةٌ؛ ولهٰذا وقع الفرقُ في هٰذِه المسألةِ بين العلمِ وعدمِهِ، ولم يفرق في مسألةِ الكوزِ بين العلمِ بالماءِ وعدمِهِ؛ لما مرَّ أنَّ الماءَ الموجودَ بعد اليمين، والعلمُ ليس هو الماء الذي عقد يمينَه علىٰ شربه، بخلاف مسألة القتل فإنه إذا كان عالمًا بموته ٱنعقد اليمينُ إجماعًا[1]؛ لأنَّ الله تعالىٰ إذا أعاد فيه الحياة كان هو عينُ ذلك المحلوف علىٰ قتله، فكان قتلُه

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣١٧-٣١٨، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٧١-٢٧٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٣٤-١٣٥، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٨-٣٥٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦٤-٥٦٥.

متصوّرًا، فكان كالحلف علىٰ مسِّ السَّماء.

ولقائلٍ أن يقول: إنَّ عود نفسِ الماء الذي أهريقَ من الكوز إليه متصورٌ في القدرة الإلهيةِ كتصور عود الروحِ إلى البدنِ بعينه، وعلىٰ هٰذا لا فرقَ بين المسألتينِ في تفصيلِ العلمِ فيهما وعدمه.

قال: (وحكمنا بانعقادِها على المستحيل عادةً، وبالحنث في الحال).

إذا قال: واللهِ لأصعدنَّ السماءَ أو لأقلبنَّ هٰذا الحجرَ ذهبًا.

قال زفر[1] ﷺ: لا تنعقد يمينُه إلحاقًا للمستحيلِ العادي بالمستحيل لذاته.

وقال علماؤنا: تنعقد يمينُه (موجبًا)[2] لحلفه؛ لتصور البرِّ حقيقةً؛ نظرًا إلى الإمكان الذاتي، وتعلُّق القدرة بالممكناتِ ثم يحنثُ؛ نظرًا إلى العجز الحالي الثابت بحكم العادةِ، كما إذا ماتَ الحالفُ فإنه يحنثُ وإن كان إعادةُ الحياةِ إليه ممكنةً في القدرة، بخلافِ مسألةِ الكوزِ؛ لأنَّ شربَ الماءِ الذي في الكوزِ وقتَ اليمين ولا ماءَ فيه لا يتصور فلم ينعقد أصلًا[1].

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣٦٨، و«الاختيار» ٤/ ٢٩٩-٣٠٠، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٥٩، و«اللباب» ٤/ ٢٤.

(٢) في (ب): (موقتًا).

فصل في اليمينِ

في الكلامِ واللبس (والتحلِّي)[١] /١٣٩أ/

قال: (ومن حلف لا يكلمِّ زيدًا فكلمه وهو نائمٌ بحيث يسمع حنث، وإيقاظهُ شرطٌ في روايةٍ).

وجه الروايةِ الأولىٰ: أنَّ شرطَ الحنث متحققٌ، وهو حصولُ الكلامِ منه ووصولُه إلىٰ سمعهِ وعدم الفهم؛ بسبب النوم ينزل منزلةَ التغافلِ إذا ناداه بحيثُ يسمع ولم يفهم لتغافله، وفي (بعض)[٢] روايات «المبسوط»[٣]: بشرط أن يوقظهَ الكلامُ، وعلىٰ هٰذِه الروايةِ أكثرُ المشايخِ. ووجهها: أنه إذا لم يكن الكلامُ موقظًا له ينزل منزلةَ المناداةِ من بُعد وهو بحيث لا يسمع صوتَه، وهٰذِه الرواية من الزوائد[٤].

قال: (أو إلَّا بإذنه فأذن ولم يعلم فكلَّمه لم يحنثه).

قال أبو يوسف[٥]: إذا قال: واللهِ لا أكلمه إلَّا بإذنهِ. فأذنَ له لكنه لم يعلم بإذنه فكلمه بعد ذلك لا يحنث؛ لأنَّ الإذنَ إطلاقٌ ورضاءٌ وقد وجد.

وقالا[٥]: يحنث؛ لأنَّ الإذنَ مشتقٌ من الأذانِ الذي هو الإعلامُ، أو من الوقوعِ في الأذنِ، وذلك يتوقف على السماعِ. والرضا من أعمالِ القلبِ، ولا كذلك الإذن، وقد مرَّ مثل هٰذِه المسألة[٥].

---

(١) في (ج): (والحلي).

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) «المبسوط» ٩/ ٢٢.

(٤) «المبسوط» ٩/ ٢٢، و«الهداية» ٢/ ٣٦٨-٣٦٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٣٦، و«اللباب» ٤/ ١٦.

(٥) «الهداية» ٢/ ٣٦٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٦٠، و«اللباب» ٤/ ١٦.

قال: (أو شهرًا ٱبتداءً من حين حلف).

هٰذِه من الزوائد، إذا حلفَ لا يكلمه شهرًا فهو من حين حلف؛ لأنَّه لولا تقييده بالشهر لما بدت اليمينُ فكان ذكرُه مخرجًا لما وراءه فبقي الذي يلي يمينه هو الداخلُ بدلالةِ الحال، وهٰذا بخلافِ قوله: لأصومنَّ شهرًا؛ لأنَّه لو (لم)[1] يقيده بالشهرِ لا يتأبد اليمينُ، بل ينصرفُ إلىٰ ما يصدقُ عليه ٱسمُ الصومِ، فكان ذكرُ الشهرِ لتقدير مدة الصيامِ وهو منكرٌ فكان التعيينُ إليه[2].

قال: (أو لا يتكلمُ فقرأ في الصَّلاة: لم يحنث).

إذا حلفَ لا يتكلمُ فقرأَ القرآنَ في الصلاة لا يحنث، وإن قرأ في غيرِ الصلاةِ حنث، وعلىٰ هٰذا لو سبَّح أو هلَّل أو كبَّر، وهٰذا ٱستحسانٌ، والقياسُ أن يحنث فيهما؛ لكونِ ذلك كلامًا حقيقةً.

ووجه الٱستحسانِ: أن القراءةَ في الصلاة لا تُعدُّ كلامًا عرفًا ولا شرعًا[3].

قال ﷺ: «**إن هٰذِه صلاتُنا لا يصلحُ فيها شيءٌ من كلامِ النَّاسِ**»[4]، وقد قيل في عرفنا: لا يحنث بالقراءةِ والتسبيح خارجَ الصَّلاةِ أيضًا؛ لأنَّه لا يسمىٰ متكلمًا بل قارئًا ومسبحًا ومهللًا[3].

---

(١) من (ب) و(ج).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٩، و«الاختيار» ٤/ ٢٨٩، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦٧، و«اللباب» ٤/ ٢٠-٢١.

(٣) «المبسوط» ٩/ ٢٢، و«الهداية» ٢/ ٣٦٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٦٣، و«اللباب» ٤/ ١١.

(٤) رواه مسلم (٥٣٧).

قال: (أو لا يقرأُ كتابَ فلانٍ ففهمَه أو لا يكلمُه حتىٰ يكلِّمه فاستبقا: لم يحنثه فيهما، وخالفه).

هاتان مسألتان:

الأولىٰ: رجلٌ حلف لا يقرأ كتابَ فلانٍ، فنظر إليه وفهمَ ما فيه لم يحنثْ عند أبي يوسف[(١)] ﷺ؛ لأنه ليس بقارئٍ حقيقةً، ولهٰذا لا تفسدُ صلاتُه لو كان في الصَّلاةِ، ولا يجزئه عن القراءةِ لو نظرَ في المصحفِ ففهمَ ما فيه. وعند محمدٍ[(١)] ﷺ يحنثُ ٱعتبارًا للعرف؛ إذ المتعارفُ من قراءةِ الكتبِ هو فهمُها سواءٌ أجِري اللفظُ بها أولًا بخلاف الصَّلاةِ، إذ المعتبرُ فيها (هو)[(٢)] القراءة.

والمسألةُ الثانيةُ: رجلٌ قال: واللهِ لا أكلمُك حتىٰ تكلمني فتكلما معًا متخاطبين. قال أبو يوسف[(٣)] ﷺ: لا يحنث؛ لأنَّ معناه أني لا أسبقك بكلامٍ ولم يسبقه فلم يحنثْ.

وقال محمد[(١)] ﷺ: يحنثُ؛ لأنه منعَ نفسَه بواسطِة هٰذِه اليمينِ عن أن يكلمَه إلىٰ غايةِ كلامِه إيَّاه، فلمَّا كلَّمَه قبل أنْ يُكلمه هو، فقد وجدَ كلامُه قبل الغاية، فوجد شرطُ الحنثِ فيحنثُ ضرورةً.

---

(١) «المبسوط» ٩/ ٢٣، و«بدائع الصنائع» ٣/ ٨٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٦٣-٣٦٤.

(٢) من (ب).

(٣) «بدائع الصنائع» ٣/ ٨٦.

قال: (أو لا يكلمُ عبدَ فلانٍ أو ٱمرأتَه أو صديقَه، أو لا يدخلُ دارَه فَفَعَلَ بعدَ البيعِ والإبانة والعداوةِ لم يحنثْ، وحنثُه في إضافةِ النسبةِ في روايةٍ).

لأنَّ هٰذِه اليمينَ معقودةٌ علىٰ فعلٍ واقعٍ في محلٍّ مضافٍ إلىٰ فلانٍ، إمَّا إضافةُ ملكٍ أو نسبةٍ ولم توجدْ فلم يحنثْ[١].

قال صاحبُ «الهداية»[٢] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هٰذا في إضافةِ الملكِ متفقٌ عليه، وفي إضافةِ النسبةِ يحنثُ عند محمدٍ[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ، كالمرأةِ والصديقِ، ذكرهَ في الزياداتِ، والتنبيهُ على الروايةِ من الزوائدِ، وهٰذِه هي المذكورةُ في «المنظومة»، والخلافُ فيها مع أبي حنيفة[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ولا قولَ لأبي يوسف[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

والمذكور في «الهداية»[٢] قوله: وروايةُ الكتابِ وهي إطلاق (عدم)[٤] الحنثِ روايةُ «الجامع الصغير»[٥].

وجه قول محمد[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّ المقصودَ هو المضافُ دون المضافِ إليه ولا ينجرم هٰذا الأصلُ إلَّا أنْ يكون المضافُ لا يمكن قصدُهُ فيكون المضافُ إليه حينئذٍ مقصودًا، وههنا كلٌّ من الزوجةِ والصديقِ المعروفين

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣١٨، و«فتح القدير» ٥/ ١٥٠، و«الاختيار» ٤/ ٢٩١، و«اللباب» ٤/ ١٣.

(٢) «الهداية» ٢/ ٣٧٠.

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٦٩، و«مختصر الطحاوي» ص٣١٨، و«فتح القدير» ٥/ ١٥٠، و«الاختيار» ٤/ ٢٩١، و«اللباب» ٤/ ١٣.

(٤) من (ب) و(ج).

(٥) «الجامع الصغير» ص٢٦٤-٢٦٥.

يمكن قصدُهما؛ لأنَّ الحرَّ يُعادىٰ ويهجرُ لعينه فلا يكونُ المضافُ إليه مقصودًا، فتحمل الإضافة علىٰ تعريف المقصود؛ ولهٰذا لا يحنث بكلامِ ٱمرأةٍ وصديقٍ حدثا له بعد ذلك.

ولأبي حنيفة(١) رحمه الله: أنَّ المضافَ والمضافَ إليه يجوزُ أنْ يكونَ كلٌ منهما مقصودًا من وجهٍ فوجب ٱعتبارهُما، وهٰذا بأنْ يكون قدْ لحقَه غيظٌ من جهةِ المضافِ إليه بسبب المضافِ، فيكون ذكرُ المضافِ إليه لإظهارِ غيظِه منه، وذكرُ المضافِ لتقييدِ اليمين به، وجاز أن يكون ذكرهُما لإظهارِ غيظٍ لحقه من المضافِ بسبب المضافِ إليه، فكان الداعي إلى اليمين هو الإضافة لغرضِ التقييد، ولولا ذلك لعدل إلى الإشارة عن الإضافة، وهٰذا بخلافِ ما إذا لم يكنْ للمضاف إليه زوجةٌ معروفةٌ أو صديقٌ معروفٌ؛ لأنَّ الإضافةَ حينئذٍ لا يكون الغرضُ منها تقييدَ اليمينِ؛ لأنَّ الغيظَ من المعدومِ /١٣٩ب/ والمجهول لا يُتصَوَرُ فيحنثُ بكلام كل صديق ينسبُ إليه، وكلِّ زوجةٍ تُنسبُ إليه وقت الكلامِ، بخلافِ ما نحن فيه إذا كانت له زوجةٌ وصديقٌ معروفان لتقيد اليمينِ بهما فلا يتناولُ غيرَهما(٢).

قال: (وإنْ زادَ الإشارةَ حنثَ في المرأةِ والصديقِ، وحنثه في العبدِ والدارِ أيضًا).

إذا قال: واللهِ لا أكلم عبدَ فلانٍ هٰذا، أو ٱمرأتَه هٰذِه، أو صديقَه هٰذا، أو لا أدخلُ دارَه هٰذِه فدخلها بعد البيع وكلمهم بعد ٱنفصالِ الإضافةِ حنثَ

---

(١) «مختصر الختلاف العلماء» ٣/ ٢٦٩، و«مختصر الطحاوي» ص٣١٨، و«فتح القدير» ٥/ ١٥٠، و«الاختيار» ٤/ ٢٩١، و«اللباب» ٤/ ١٣.

(٢) «الهداية» ٢/ ٣٧٠، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٦٦، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦٨.

في المرأةِ والصديقِ، ولم يحنثْ في العبدِ والدارِ عند أبي حنيفة[1] وأبي يوسف رحمهما الله.

وقال محمدُ -وهو قولُ زفر[1]- رحمهما الله: يحنثُ فيهما أيضًا؛ لأنَّ الإضافةَ للتعريفِ، والإشارةُ أبلغُ في التعريفِ من الإضافةِ فلغتْ الإضافة، واعتبرت الإشارةُ فتعلقت اليمينُ (بالعين)[2] وصار كالصديق والمرأة.

ولهما: أنَّ للإضافةِ تأثيرًا كما للإشارةِ تأثيرًا، فإنَّ المرادَ بالإضافةِ هجرانُ المضافِ إليه إظهارًا لغيظٍ لحقه من جهته، والمرادُ بالإشارة: تقييدُ اليمين بهٰذا المحلِّ؛ لجواز أنْ يكونَ ذلك الغيظُ بسببِ هٰذا المحلِّ، فإذا تغاير ما هو المرادُ بهما وجبَ ٱعتبارهُما جميعًا، ويكون شرطُ الحنثِ الدخولَ الواقعَ في تلك الدارِ، وكلامُ ذلك العبدِ حالَ كونِه وكونِها مضافين إلىٰ فلانٍ، ولم يوجدْ لبطلان أحدهما وهو الإضافةُ فبطلت اليمينُ، بخلافِ المرأةِ والصديقِ؛ لأنَّه لا تأثيرَ للإضافةِ فيهما، وإنما التأثيرُ لمعنىٰ في ذاتِهما؛ إذ المرادُ من الإضافة التعريفُ فيهما لا غير. مثلُ الإشارةِ فلمَّا ٱتحد المقصودُ رجَّحنا جانبَ الإشارةِ؛ لكونها أبلغَ في التعريف.

والتنبيه على الخلاف في العبد من الزوائدِ[1].

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣٧٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٣٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٦٦، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦٨.

(٢) من (ب) و(ج).

قال: (أو صاحبُ هٰذا الطيلسانِ أو هٰذا الشابِّ فكلَّمه بعدما باعه أو شاخ حَنَثَ).

هاتان مسألتان:

أمَّا الأولىٰ: فإذا قال: واللهِ لا أكلم صاحبَ هٰذا الطيلسان. فكلَّمه بعدما باعه أو شاخ حنث؛ لأنَّ هٰذِه الإضافةَ لا تفيدُ هٰهنا إلَّا التعريفَ لا غير، إذ الإنسانُ لا يعادىٰ لمعنىٰ في الطيلسانِ[(١)]، (فكان)[(٢)] كالإشارة[(٣)].

الثانيةِ: إذا حلف لا يكلم هٰذا الشابَّ فصار شيخًا فكلمه حنث؛ لأنَّ الحكمَ تعلَّقَ بالمشارِ إليه، والصفةُ في الحاضر لغوٌ[(٤)].

قال: (أوْ حينًا أوْ زَمَانًا أوْ عرَّفَهما وقعَ علىٰ ستَّةِ أشهر).

لأنَّ الحينَ يُطلقُ على الزمانِ القليل، قال الله تعالىٰ: ﴿فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ وَحِينَ تُصْبِحُونَ﴾ [الروم: ١٧]، ويطلق علىٰ أربعين سنةٍ. قال الله تعالىٰ: ﴿هَلْ أَتَىٰ عَلَى ٱلْإِنسَٰنِ حِينٌ مِّنَ ٱلدَّهْرِ﴾ [الإنسان: ١]، ويُطلَقُ علىٰ ستَّةِ أشهرٍ. قال تعالىٰ: ﴿تُؤْتِيٓ أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ﴾ [إبراهيم: ٢٥]، وهٰذا أولىٰ بانصراف اليمينِ عند الإطلاقِ إليه، لأنَّ الزمانَ اليسيرَ لا يقصدُ بالامتناعِ فيه (عن

---

(١) الطليسان: تعريب تالشان، وجمعه طيالسه -وهو من لباس العجم مدور أسود ومنه قولهم فى الشتم: يا ابن الطليسان يراد أنك أعجمي.«المغرب» ٢/ ٢٣ مادة طلس.

(٢) في (ب): (فصار).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣١٩، و«المبسوط» ٨/ ١٦٥، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦٨، و«اللباب» ٤/ ١٣.

(٤) «الهداية» ٢/ ٣٧٠-٣٧١، و«فتح القدير» ٥/ ١٥٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٣٩، و«اللباب» ٤/ ١٣.

الكلام؛ لوقوع الأمتناع فيه عادةً، والزمانُ الطويلُ لا يُقصدُ في الغالب لتنزله منزلة الأبدِ. ألا ترىٰ أنَّ اليمينَ يتأبدُ لو سكت (عنه)[(١)][(٢)] فيتعين نصفُ العامِ، وكذلك الزمانُ يستعمل ٱستعمال الحين، يقال: ما رأيتك منذ حين ومنذ زمانٍ بمعنىٰ واحد، وهٰذا عند عراءِ الكلام عن نية الحالف، فإذا نوىٰ اعتبرت نيتُه؛ لأنه نوىٰ حقيقةَ كلامِه[(٣)].

قال: (أو دهرًا فهو موقوف، وجعلاه كالحين).

إذا حلفَ لا (يكلمه)[(٤)] دهرًا.

قال أبو حنيفة[(٥)] رحمه الله: لا أدري ما الدهرُ، والخلافُ واقعٌ في المنكرِ دون المعرَّف هو الصحيحُ، وقول صاحبِ «المنظومة»[(٦)] والدهرُ لا يُدرىٰ لدى الإمامِ تأوّل كأنَّه حكىٰ فيه لفظَ الإمامِ رحمه الله، وإلَّا فهو في الشرح صورةُ المسألةِ في المنكر.

لهما: أنَّ الدهرَ والحين يستعملُ أحدهما مكانَ الآخرِ، (يقال)[(٧)]: لم أرك منذ دهر ولم أرك منذ حين بمعنىٰ.

ولو حلف لا يكلمه حينًا فهو علىٰ ستَّةِ أشهر، فكذلك دهرًا.

---

(١) من (ج).

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣١٠، و«المبسوط» ٩/ ١٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٦٨، و«اللباب» ٤/ ٢٠-٢١.

(٤) في (ب): (لا يكلم فلانًا).

(٥) «المبسوط» ٩/ ١٦-١٧، و«الهداية» ٢/ ٣٧١، و«الاختيار» ٤/ ٢٩٢-٢٩٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٤٠.

(٦) المنظومة لوحه (٣).

(٧) في (أ): (يقول).

وله: أنَّ الحين المعَّرفَ باللام ينصرف إلىٰ ستَّةِ أشهرٍ إجماعًا، والدهرُ المعرَّف باللام ينصرفُ إلى الأبد إجماعًا، وذلك دليلٌ علىٰ عدمِ ٱتحادِ المعنىٰ حالة التنكيرِ، إذ لو ٱتحدَّ حالةَ التنكيرِ لاتحدَّ حالةَ التعريفِ؛ لأنَّ الزائدَ عليهما حالةَ التنكير، وهما دالَّان علىٰ معنىٰ واحد ليس إلَّا التعريف، وقد كانا متساويين في الدلالة حالة التنكير، فوجب التساوي حالةَ التعريف، (لأن)[1] الزائد الواحد على المتساويين لا يُوجبُ فيهما ٱختلافًا بالضرورة.

ثم إنَّ اللغاتِ لا تدرك قياسًا، والعرفُ قد ٱختلف ٱستعماله فيه فلم يستمرْ علىٰ ما ينصرفُ إليه عند الإطلاقِ، فوجب (التعريف[2])[3].

قال: (أو أيَّامًا أو شهورًا أو سنين، فوقعَ علىٰ ثلاثةٍ، وإن عرَّفها فهي عشرةٌ، وقالا: أسبوعٌ وسنةٌ والعمرُ).

إذا حلفَ لا يكلمه أيامًا أو شهورًا أو سنين بالجمع المنكر فهو واقعٌ علىٰ ثلاثةٍ من كل صنفٍ؛ لأنه جمع منكر، فيتناولُ المتيقنَ منه وهو الثلاث وإن عرَّفها فقال: لا أكلِّمه الأيَّامَ أو الشهورَ أو السنين فهو عند أبي حنيفة[4] ﷺ علىٰ عشرة أيَّام، وعشرةِ أشهرٍ، وعشرِ سنين.

وقالا[2]: في الأيَّام هو واقعٌ علىٰ سبعةِ أيَّام، وفي الأشهر على ٱثنىٰ

---

(١) في الأصل: (إلا).

(٢) «المبسوط» ٩/ ١٦-١٧، و«الهداية» ٢/ ٣٧١، و«الاختيار» ٤/ ٢٩٢-٢٩٣، و«فتح القدير» ٥/ ١٥٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٤٠.

(٣) في (أ): (التوقف).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣١٠-٣١١، و«المبسوط» ٩/ ١٧، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦٩، و«اللباب» ٤/ ٢١.

عشر شهرًا، وفي السنين على العمرِ؛ لأنَّ الجمعَ المعرَّفَ ينصرفُ إلى المعهود هٰهنا، والأيَّامُ المعهودةُ هي الأيَّامُ السبعةُ، والشهورُ المعهودةُ هي شهورُ السنةِ، وليس للسنين معهودٌ فانصرف إلى العمر.

وله: أنَّ هٰذِه الأيَّامَ ليست للمعهود إذ لا معهودَ، (إلا)[1] للجنسِ؛ لأنَّه يلغو ذكرُ الأيَّامِ حينئذٍ /١٤٠أ/ لأنَّه لو أسقطها من الكلام ٱنصرفَ إلى العمرِ فوجبَ صرفُه إلىٰ ما هو جنسُ الأيَّامِ تسميةً، أعني: أقصىٰ ما يذكر منها بلفظِ الجمع، وذلك عشرةٌ؛ لأنَّ الجمعَ المنكرَ واقعٌ على الثلاثة والمعرفَ أكثرُ منه[2].

ألا ترىٰ أنك تقول: صحبتُك أيَّامًا من الأيَّام، ولا تعكس بالمفهوم هٰهنا من المعرَّفِ.

أمَّا الكلُّ حقيقةً أو الكل تسميةً وهو العشرة أو ما دون هٰذا وذاك، والأولُ لا سبيل إليه وإلا يلزم إلغاءُ ذكر الأيَّام ولا إلى الثلاث؛ لأنه ما من عددٍ دونَ الكل حقيقةً ولا تسميةً إلَّا ويمكن ٱنتزاعُه من الجمع المعرَّف، (فلا يتعين شيءٌ منه؛ لعدم الأولوية، وكلُّ ما يمكنُ ٱنتزاعُه من الجمع المعرَّفِ)[3] يكونُ المعرفُ أكثرَ منه بالضرورةِ فلا يكون هو الزمان الذي عقد عليه اليمين بالجمعِ المعرَّفِ فتعينَ الثاني وهو العشرةُ ضرورةً[2].

---

(١) في (أ): (ولا).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣١٠-٣١١، و«المبسوط» ٩/ ١٧، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٦٩، و«اللباب» ٤/ ٢١.

(٣) ساقط من (ب).

قال: (ومن حلفَ علىٰ نفي فعل تركه أبدًا، أو علىٰ فعله فعله مرة).

إذا حلفَ لا يفعلُ كذا وجبَ عليه التركُ أبدًا؛ لأنَّه نفي عامٌّ يعمُّ الآمتناعُ بعمومِه، وإذا حلفَ ليفْعَلنَّه فعله مرةً واحدةً، وقد بَرَّ في يمينه؛ لأنَّ الملتزمَ حقيقة الفعلِ وهو في سياقِ الإثباتِ فلا يعمُّ ولا يتكررُ فيبرُّ بأي فعلٍ فعلَه، وإنما يحنثُ إذا وقعَ اليأسُ عن فعلِهِ، إمَّا بموته أو بفواتِ محلِّ الفعلِ[١].

قال: (ومن آستحلفه الوالي ليُعلمنه بمكانٍ داعرٍ آختصَّ بحالِ ولايته).

الداعُر: الفاسقُ الخبيثُ المفسدُ مِنْ دُعِرَ -بالكسر- يُدعَرُ -بالفتح- دعرًا، ومنه أُخذتِ الدعارةُ دعور دعر -بالكسر- رَديٌّ كثيرُ الدخالِ، وإنما آختصتِ اليمينُ بحالِ ولايةِ المستحلفِ؛ لأنَّ المقصودَ من الآستحلافِ بالإعلام دفعُ شرِّه وفساده أو شرِ غيرِهِ بواسطةِ زجره، وهٰذا المقصودُ يفوت بالإعلامِ حالَ فواتِ الولاية، إمَّا بالموتِ أو بالعزلِ في ظاهرِ الروايةِ[٢].

قال: (ولو قال لامرأته ما أكتسيه من غزلك هدي، فاشترىٰ قطنًا فغزلته (بعد اليمين)[٣] فغزلته (ونسجت)[٣] واكتسىٰ منه فهو حانثٌ، وشرطا ملكه يوم النذر).

رجلٌ قال لامرأته: كلُّ (ثوبٍ أكتسيه)[٤] من غزلك فهو هدي، فاشترىٰ

---

(١) «الهداية» ٢/ ٢٧٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٤٠-١٤١.

(٢) «الهداية» ٢/ ٢٧٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٧، و«اللباب» ٤/ ١٦.

(٣) من (ب).

(٤) في (ب) و(ج): (ما ألبسه).

قطنًا بعد اليمين فغزلته فنسجه واكتسىٰ به يَلْزَمَه أنْ (يهديه)[١]، (والمرادُ بالهدي: التصدقُ به بمكةَ؛ لأنه اسم لما يهدىٰ إليها.

وهٰذا عند أبي حنيفة[٢].

وقالا[٢]: ليس عليه أن يهديه)[٣] إلَّا أن تغزل قطنًا ملكه يوم النذرِ.

لهما: أنَّ النذرَ لا يصحُّ إلَّا في الملكِ أو مضافًا إلىٰ سببِ الملكِ، لأنَّه إيجابٌ للتصدقِ فيعتمدُ الملكَ، إذ التصدقُ بملكِ الغيرِ لا يصحُّ ولم يوجدْ؛ لأنَّ اللبسَ وغزلَ المرأةِ لا يكونَ من أسباب ملكه.

وله: أنَّ غَزْلها للزوج سببٌ لملكه، ألا ترىٰ أنَّه لو غصبَ قطنًا فغزلته كان ملكًا للزوج (دونها علىٰ أنَّ العادةَ جاريةٌ أن المرأةَ إنما تغزل لزوجها، فكانت إضافتُه إلىٰ غزلها كالإضافة إلىٰ غزلها للزوج)[٤] وهو سببٌ لملكِه، فكان ما وجد منه بمنزلة قوله: كلُّ ثوب أكتسيه من مغزولٍ مملوكٍ لي بغزلك فهو هديٌ، ولو صرَّحَ بذلك كان النذرُ مضافًا إلى الملكِ فيصحُّ فكذا هٰذا[٢].

قال: (وشرطُ الحنثِ بالتحلي لبسُ اللآلئ مُرصعةً، وقالا: وحدَها، وقيل: الخلافُ عرفي فيفتىٰ بقولهما).

قال أبو حنيفة[٥]: إذا حلفتِ المرأةُ أنْ لا تلبس حُليًّا فلبست لؤلؤًا غيرَ

---

(١) في (ج): (يهدي به).

(٢) «الهداية» ٢/ ٣٧٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٥٤-١٥٥، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٩١.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) من (ب) و(ج).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٣١٢، و«المبسوط» ٩/ ٢٩-٣٠، و«فتح القدير» ٥/ ١٩١، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٩٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٥٥.

مرصعٍ في ذهب أو (في)[1] فضَّةٍ لم تحنثْ، وإنما تحنثُ إذا لبست لؤلؤًا مرصَّعًا، وقالا[2]: إذا لبستِ اللآلئ وحدَها حنثت، وعلىٰ هٰذا الخلاف إذا لبست عقدًا من زبرجدٍ أو زمردٍ غيرَ مرصَّعٍ.

لهما: أنَّ عقدَ اللؤلؤ وحده حُليٌّ.

وله: أنَّ العادةَ لم تجرِ بالتحلي بها وحدها من دون أن تكون مرصعةً، وقيل علىٰ قول أبي حنيفة[2] رحمه الله: لا يكون التحلي بالذهبِ أو الفضةِ وحده، إلَّا أن يكون مصوغًا، كما أنَّ اللؤلؤ لا يكون حُليًّا إلَّا مرصعًا حتىٰ لو حلفت ألَّا تلبس حليًّا فعلَّقت في عنقها شيئًا من الذهب أو الفضة غير مصوغ لم تحنث، وقيل: إنَّ هٰذا الخلافَ بناءً على العرفِ، وأمَّا في الحكمِ فلا خلافَ في الحقيقةِ، وزاد في المتنِ التنبيه علىٰ هٰذا القول والفتوىٰ به، ذكره في «الهداية»[3].

---

(١) من (ب).

(٢) «الهداية» ٢/ ٣٧٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٥٤-١٥٥، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٩١.

(٣) «الهداية» ٢/ ٣٧٧.

فصل في اليمين
في البيع والشراء والتزوج وتقاضي الدَّراهم

قال: (ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو يؤاجر فوكل به لم يحنث، أو لا يتزوج، أو لا يطلق، أو لا يعتق فوكل به حنث).

أمَّا الأول: فلأنَّ عقدَ البيعِ والشراءِ والإجارةِ صادرٌ من العاقدِ فلم يوجد شرطُ الحنث من الحالف؛ ولهٰذا فإنَّ حقوقَ العقدِ ترجع إلى العاقد، وليس الثابتُ للآمرِ إلَّا حكم العقدِ، فإن نوى الحالفُ التوكيلَ صدق؛ لأنَّ فيه تشديدًا علىٰ نفسهِ، أو يكون الحالفُ غيرَ معتاد بأن يعقدَ هٰذِه العقود بنفسه؛ لكونه ذا سلطان وغيره فيحنث؛ لأنه يمنع نفسَه عما يعتاده[1].

وأمَّا الثاني: فلأن (الوكيل)[2] في النكاح والطلاق والعتق سفيرٌ ومعبرٌ، ألا ترىٰ أنَّه لا يضيف العقدَ إلىٰ نفسه وإنما يضيفه إلىٰ موكلهِ، وحقوق العقد فيه راجعٌ إلى الآمر لا إليه[3].

فروع: ولو حلف لا يضرب عبدَه أو لا يذبح شاته، فأمر غيرَه ففعل حنث؛ لأنَّ المالكَ له ولايةُ التصرفِ بضرب العبدِ وذبح الشاةِ، فيلي توليتَه غيره /١٤٠ب/ والمنفعةُ راجعة إلى الآمر فيجعل مباشرًا حكمًا،

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣٧٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٧٥، و«اللباب» ٤/ ١٨.

(٢) في (ب): (التوكيل).

(٣) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٢٧٤، و«المبسوط» ٩/ ٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٤٨، و«اللباب» ٤/ ١٩.

إذ لا حقوق ترجع إليه[١]، ولو قال: عنيتُ أن لا يأتي ذلك نفسي صدق ديانةً وقضاءً. ولو قال في الطلاقِ والعتاقِ: عينتُ أن لا أتلفظ به لم يدن في القضاءِ خاصةً[١].

والفرق أنَّ الطلاقَ ليس إلَّا تكلمًا بكلام يفضي التكلُّمُ به إلىٰ وقوعِ الطلاق، والأمرُ به مثلُ التلفظ به في الإفضاءِ إلى الوقوعِ، ولفظ الحلف ينتظمهما، فإذا نوى التكلمَ به فقد نوىٰ تخصيصَ العموم فيدين فيما بينه وبين الله تعالىٰ دون القضاءِ.

أمَّا الضربُ والذبحُ ففعلٌ حسيٌّ والنسبةُ إلى الآمر بكونه سببًا فيه مجاز، (فأما)[٢] فإذا نوى الفعل منعه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانةً وقضاءً. ومن حلف لا يضربُ ولدَه فأمر آخر فضربه لم يحنث[٣].

والفرقُ بين الولد والعبد: أنَّ منفعةَ ضرب الولد عائدةٌ إلى الولدِ وهو التأدب والتثقف فلم ينتسب فعله إلىٰ (الآمر)[٤]، وأمَّا العبدُ فمنفعة ذلك راجعٌ إلىٰ مولاه وهو الأئتمارُ له، فأضيف الفعلُ إليه[٥].

ومن قال: إن بِعْتُ لك هٰذا الثوبَ فعبدي حرٌّ، فدسَّ ذلك الثوبَ في ثياب الحالفِ فباعه ولم يعلم لم يحنث؛ لأنَّ اللامَ داخلةٌ على البيع فيقتضي

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣٧٤، و«فتح القدير» ٥/ ١٧٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٧٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٤٣.

(٢) من (ب).

(٣) «الهداية» ٢/ ٣٧٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٧٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٤٣.

(٤) في (ب) و(ج): (الآخر).

(٥) «الهداية» ٢/ ٣٧٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٥، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٧٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٤٨.

ٱختصاصه به، وذلك هو أن يفعله بأمره؛ لأنَّ البيع مما تجري فيه النيابة ولم يوجد فلم يحنث. ولو قال: إن بعتُ ثوبًا لك حنث ببيعِ ثوبٍ مملوك له؛ لدخول اللام الدالةِ على التخصيصِ على الثوبِ فاقتضىٰ ذلك حنثَه ببيع ثوبٍ مملوكٍ له مختص به فيحنث بالبيعِ، سواء علم به أو لم يعلم، أُمر به أو لم يُؤمر[١].

قال: (أو لا يتزوجها أو لا يشتريه بالكوفةِ فقبل بها إيجاب فضولي وأجيز بالبصرةِ لم يحنثه، وخالفه وهو ظاهرُ المذهبِ).

رجلٌ حلفَ لا يتزوج ٱمرأةً بالكوفةِ فتزوَّج بها ٱمرأة بغير رضاها. بأن زوجها منه فضوليٌّ ثم أجازت النكاح وهي بالبصرة، أو حلف لا يشتري شيئًا بالكوفة فقبل إيجاب فضولي ثم أجيز البيع بالبصرة.

قال أبو يوسف[٢] رحمه الله: لا يحنث؛ لأنَّ تمامَ العقدِ بنفاذه، والنفاذُ بالإجازة، والإجازة حاصلةٌ بالبصرة، فكان تمامُ العقدِ بالبصرة فلا يحنث.

وقال محمدٌ[٢] رحمه الله: يحنث، والمذكور في «الجامع الصغير»[٣] أنه ظاهرُ المذهب. والتنبيه عليه من الزوائد.

ووجه الحنث أنَّ العقدَ الموجود منه بالكوفةِ هو النافذُ بالإجازةِ؛ لأنَّ النفاذَ يثبت عند الإجازة مستندًا إلىٰ وقتِ العقد[٤]، فكان النكاحُ النافذُ موجودًا منه بالكوفةِ؛ ولهٰذا كان الشهودُ شرطًا حين العقد لا حين الإجازة.

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣٧٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٥٠، و«مجمع الأنهر» ١/ ٥٧٥-٥٦٧.

(٢) «بدائع الصنائع» ٣/ ١٣٦، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٧٨.

(٣) «الجامع الصغير» ص ٢٦٨-٢٦٩.

(٤) في (ب): (العهد).

قال: (أو لا يهب عبدَه لفلان فوهبه ولم يقبله أو قبل ولم يقبضه حكمنا بحنثِهِ).

إذا حلفَ أنه لا يهب عبدَه من فلانٍ فوهبه إيَّاه فلم يقبل فلانٌ هبته، أو قبله ولكن لم يقبضه.

قال زفر[١] رحمه الله: لا يحنث؛ لأنه عقدُ تمليكٌ فأشبه البيعَ، وفي البيعِ لا يحنث مالم يملكه المشتري بالقبولِ، فوجب أن لا يحنث في الهبةِ مالم يملكه الموهوبُ له بالقبولِ والقبضِ.

ولهٰذا قال زفر رحمه الله: إذا حلفَ لا يبيعه فباعه بيعًا فاسدًا لا يحنث مالم يملكه المشتري بالقبضِ.

ولنا[١]: أنه عقدُ تبرعٍ فيتم بالمتبرعِ؛ لأنه إيجابٌ لا يقابله ٱستيجاب، وذلك يتمُّ بالموجبِ في حقهِ كالإقرار، بخلاف البيع؛ لأنه معاوضةٌ فالقبول فيه ركنٌ فاقتضى التمليك من الجانبين، ويدلُّ عليه العرفُ فإنك تقول: وهبت منه هبة فردّها عليّ ولم يقبلها وأهديتُ إليه[٢] وتصدقتُ عليه وأقرضته فرد ذلك ولم يقبله (حتىٰ لو حلفُ لا يقرضه فأقرضه ولم يقبل)[٢] حنث، إلَّا في روايةٍ عن أبي يوسف[٣]: ولو حلفَ لا يستقرض حنث في قولهم جميعًا بطلب القرضِ؛ لدلالة السين على الطلبِ.

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٢٧٤، و«مختصر الطحاوي» ص٣١٣، و«المبسوط» ٩/ ١٠، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٧٩.

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) «المبسوط» ٩/ ١٠-١١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٤/ ٢٨٥، و«فتح القدير» ٥/ ٢٠٥، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٧٩.

قال: (أو ليقضينَّ دينَه إلىٰ قريبٍ ٱنصرف إلىٰ ما دون الشهرِ، أو إلىٰ بعيدٍ فإلىٰ أكثرَ منه).

والمعتبر في ذلكَ هو العرفُ فإنهم يعدون ما دونَ الشهرِ قريبًا، والشهر وما زادَ بعيدًا ولذلك يقال عند بُعد العهدِ: ما لقيتُك مُذْ شهر[١].

قال: (أو ليقضينه دينَه اليوم فقضاه ثم وجد المستحق بعضها زيوفًا[٢] أو نبهرجة أو مستحقة لم يحنث أو رصاصًا أو ستوقه حنث).

أمَّا الأول: فلأنَّ الزيافةَ[٣] من العيوبِ، والعيب لا يعدم الجنس. ألا ترىٰ أنه لو تجوَّز به جعل مستوفيًا لحقهِ باعتبار أنه قابضٌ لجنس حقِّهِ فوجد شرط البرِّ وقبضُ المستحقةِ قبضٌ صحيحٌ فوقع البرُّ، فلا يرتفع بردِّه[٤].

وأمَّا الثاني: فلأنَّ الرصاصَ والستوقه ليسا من جنس حقِّهِ، ولهٰذا لا يجوز التجوزُ بهما في الضرب والسلمِ[٥]، والنبهرجة: لفظةٌ أعجميةٌ معربةٌ، وأصلُها نبهرة وهو (الحظ) يعني حظ[٦] هٰذِه الدراهم من الفضةِ

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣٧٨، و«البحر الرائق» ٤/ ٣٩٦، و«اللباب» ٤/ ٢٣.

(٢) في (ب): (زيفًا).

(٣) الزيافة: زافت الدراهم تزيف زيفا من باب سار. وزيفتها تزييفا أظهرت زيفها قال بعضهم الزيوف هي المطلية بالزئبق المعقود بمزاوجة الكبريت، وكانت معروفة قبل زماننا. «المصباح المنير» ص١٥٨.

(٤) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٦٩، و«المبسوط» ٩/ ٢٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٥٨، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٦، و«اللباب» ٤/ ٢٤.

(٥) «الهداية» ٢/ ٣٧٨-٣٧٩، و«البحر الرائق» ٤/ ٩٦، و«اللباب» ٤/ ٢٥.

(٦) في (ج): (عدم الخط)، وفي (ب): (وهو الخلط يعني: خلط).

أقل وغشه أكثر مما يوجد في دارِ الضربِ. والستوقه معرب أيضًا وهو بالفارسيةِ: سه طاق، يعني: (أنَّ)[١] وَجهي الدراهم فضةٌ وحشوه صفرٌ.

قال: (أو لا يقبض دينه درهمًا دون درهم فقبض بعضَه لم يحنث حتىٰ يقبضَ جميعَه).

لأنَّ الشرطَ قبضُ الكلِّ بصفة التفرقِ؛ لأنه أضافَ القبضَ إلىٰ دينٍ معرفٍ مضافٍ إليه فينصرف إلىٰ كلهِ فلا يحنث بقبضِ بعضهِ[٢].

قال: (وإن قبضه في وزنتين لم يفصلهما بغير عمل الوزن لم يحنث).

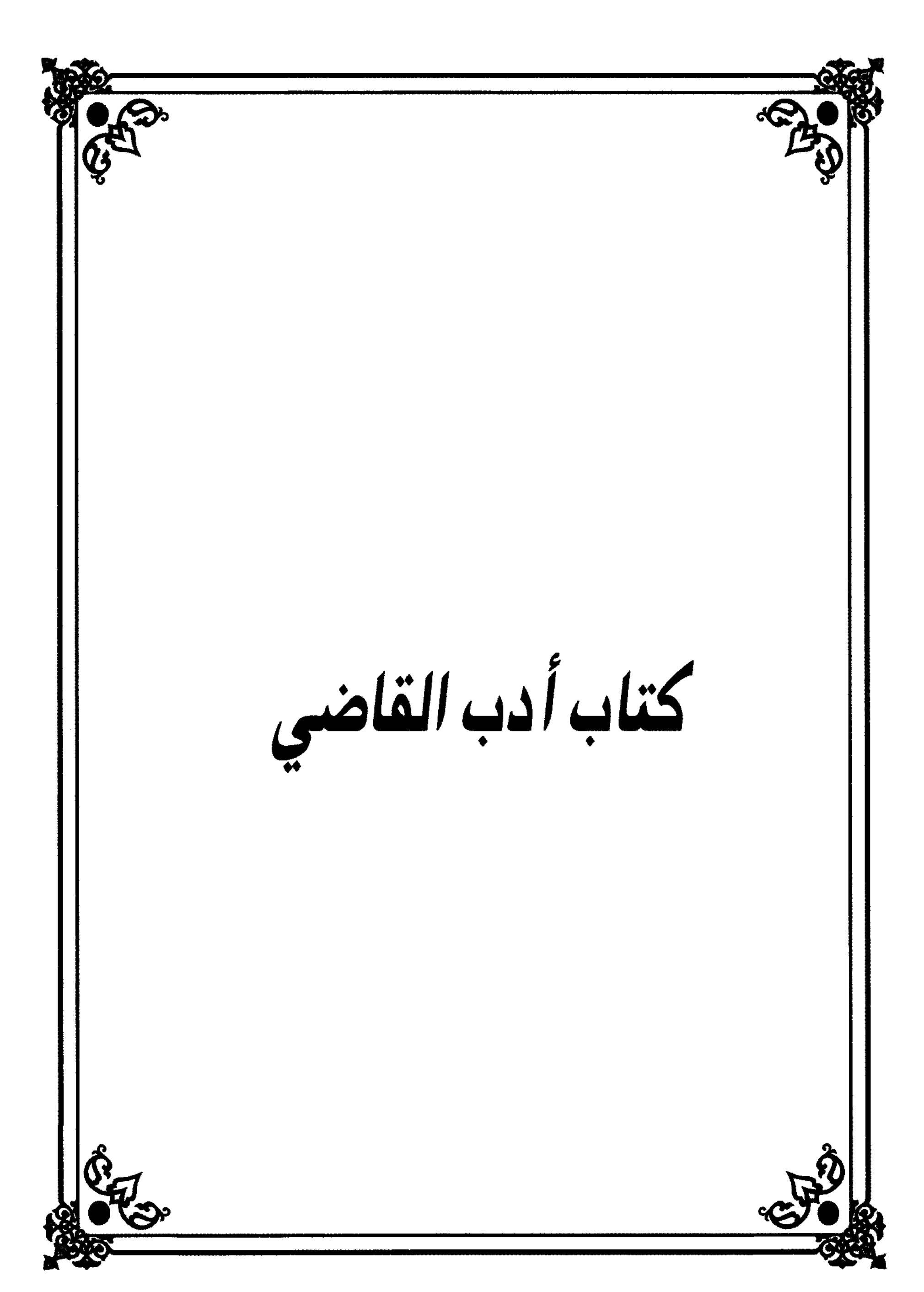
لأنَّ هٰذا القدرَ من الفصل مستثنىٰ بحكم العادةِ إذ قد يتعذر قبض الكلِّ دفعةً واحدةً[٣] /١٤١أ/.

---

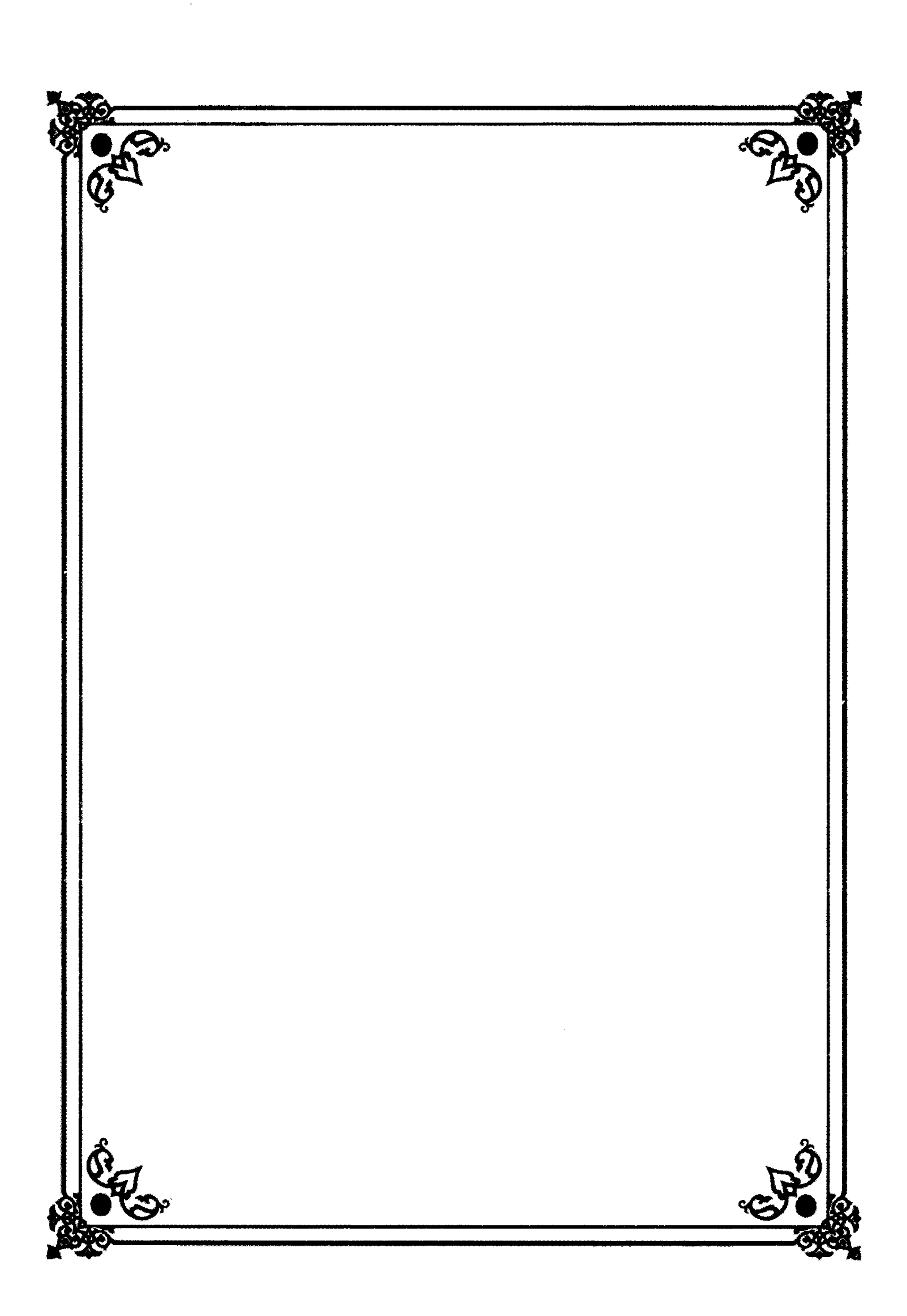
(١) من (ب).

(٢) «الهداية» ٢/ ٣٧٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ١٥٩، و«اللباب» ٤/ ٢٥.

(٣) «الهداية» ٢/ ٣٧٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٠٧، و«اللباب» ٤/ ٢٥.



كتاب أدب القاضي



كتاب أدب القاضي[١]

قال: (لا تصح ولايةُ القاضي حتىٰ يكونَ أهلًا للشهادة).

لأنَّ القضاءَ والشهادةَ من وادٍ واحدٍ يجمعهما أنهما من بابِ الولايةِ، فمن ٱجتمعت فيه شروطُ الشهادةِ كان أهلًا للقضاء[٢].

قال: (ونفضل توليةَ المجتهدِ العدلِ ونجيز توليةَ الجاهلِ).

ذكر القدوري[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّ أهليةَ الشهادةِ والاجتهادِ من شروطِ صحةِ التوليةِ.

وقال صاحبُ «الهدايةِ»[٤]: والصحيحُ أنَّ أهليةَ الأجتهادِ شرطُ الأولوية، وهٰذا بناءً علىٰ أنَّ توليةَ الجاهلِ تصحُّ عندنا[٥]، خلافًا للشافعيِّ[٦] رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فلذلك ردَّت التثنيةُ على الأفضليةِ علىٰ ما هو الصحيحُ. للشافعيِّ[٦] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنَّه مأمورٌ بالقضاءِ بالحق، ولا يتيسر له ذلك إلَّا بواسطةِ العلمِ ولا يمكن جعلُه عالمًا بعلم غيره، كما لا تجوز الصَّلاةُ بتحري الغير.

---

(١) لما كان بعض مسائل الأيمان لا تخلو عن المنازعات والمخاصمات ، وكذلك بعض مسائل الكتب المصدرة ، ٱحتيج إلىٰ بيان ما يقع به قطع المنازعة وهو القضاء. فلذلك ذكر عقيبهما. «المستجمع شرح المجمع» ص ٥٦٥.

(٢) «الهداية» ٣/ ١١٢ ، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٣-٣٤٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٣٥٥، و«اللباب» ٤/ ٧٧-٧٨.

(٣) «الكتاب» ٤/ ٧٧.

(٤) «الهداية» ٣/ ١١٢.

(٥) «الهداية» ٣/ ١١٢ ، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٥، و«اللباب» ٤/ ٧٨.

(٦) «الأم» ٦/ ٢٩٩، و«المهذب» ٢/ ٢٩١، و«الوجيز» ٢/ ٢٣٧، و«حلية العلماء» ٨/ ١١٤ ، و«مختصر التبريزي» ص٤٣١.

ولنا[١]: في جواز توليتهِ -وإن كان لا ينبغي أن يولىٰ- أنَّه مأمور بالقضاءِ بالحقِّ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿ وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ ﴾ [المائدة: ٤٩] والحاكمُ بفتوىٰ غيره ممتثلٌ لهٰذا الأمرِ، ولأنَّ الغرضَ الأقصىٰ (زمن)[٢] توليةِ القضاءِ دفعُ شرِّ الظلوم، وإنصافُ المظلومِ، وإيصالُ الحقِّ إلىٰ (أهله)[٣]، وهٰذا حاصلٌ بالحكمِ بفتوىٰ أهلِ العلم، بخلافِ المتحري، فإنه لا يعتقد الصوابَ في تحري غيره، ويعتقدُ الصوابَ في فتوىٰ غيره، وينبغي للمقلدِ أن يختارَ من العلماءِ من هو الأقدر والأولىٰ والأورع؛ لقوله ﷺ: «**من قلَّد إنسانًا عملًا وفي رعيته مَن هو أولىٰ منه فقد خانَ اللهَ ورسولهَ وجماعةَ المسلمين**»[٤]، وقد ذُكرَ شرطُ الاَجتهادِ في أصولِ الفقهِ فليتعرف من هناك[١].

قال: (وينبغي أن لا يولىٰ هو ولا الفاسق. وقيل: لا يصحُّ قضاؤه وينعزلُ بالفسقِ. وقيل: إن وليْ فاسقًا صحَّ، وإن طرأَ ٱنعزل. وقيل: يستحقه بطروئه في ظاهر المذهبِ).

قوله: (وينبغي أن لا يولىٰ هو) يعني الجاهل (ولا الفاسق) (يقتضي)[٥] علىٰ صحَّةِ ولايتهما. أمَّا الجاهلُ فقد مرَّ الكلامُ فيه، وأمَّا الفاسقُ فاختار الطحاويُّ[٦] رحمه الله أنَّ الفاسقَ إذا قُلِّدَ القضاءُ لا يصيرُ قاضيًا، ولو فسقَ القاضي العدلُ ينعزل بالفسقِ ذكره في «الواقعات».

والقول الآخر: أنَّ القاضي إذا ولي القضاءَ وهو فاسقٌ فتوليته صحيحةٌ،

---

(١) «الهداية» ٣/ ١١٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٥، و«اللباب» ٤/ ٧٨.

(٢) في (ب) و(ج): (من).

(٣) في (ب): (غيره).

(٤) رواه بنحوه الحاكم ٤/ ٩٢- ٩٣.

(٥) في (ب): (ينبئ)، وفي (ج): (ينبني).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص٣٣٢.

وإن قُلِّد القضاء وهو عدلٌ ففسق بأخذِ الرشوةِ أو غيرها ٱنعزل، وهٰذا التفصيلُ قولُ بعضِ مشايخنا[(١)]، ووجهه أنَّ المقلِّدَ ٱعتمد عدالته فلم يكن راضيًا بتقليدِه دونها، والمذكور في «الهداية»[(٢)] أنه يستحقُّ العزلَ بطروء الفسقِ ولا ينعزل بمجردهِ. قال: وهٰذا هو ظاهرُ المذهبِ وعليه مشايخنا.

وذكر صاحبُ «الواقعات»: القاضي إذا قضىٰ بقضايا وهو مرتشٍ فاسقٌ، ولم يعلم منه ذلك إلَّا بعد زمان.

قال أبو حنيفة[(١)] رضي الله عنه: أبطل قضاياه. وتفسيره: أنَّ الذي ولاه لم يعلم بأنه فاسقٌ مرتش فإذا ظهرَ فهو معزولٌ ولو ولي وقد علم بذلك فإنه لا يصيرُ معزولًا؛ لأنّ في الوجهِ الأولِ ولي علىٰ شرطِ العدالة، فإذا وجد علىٰ خلافِه لم يوجد الشرطُ فلم يبق قاضيًا. وفي الثاني ما ولاه بهٰذا الشرط، وينبغي أن يعزل؛ لأنه صار قاضيًا بالجورِ والقهرِ، فهو بمنزلةِ الأميرِ، والأميرُ إذا جارَ لا ينعزل مالم يعزل، فكذلك القاضي إذا ولىٰ وهو فاسقٌ.

ومذهبُ الشافعي[(٣)] رحمه الله أنَّ الفاسقَ لا يصحُّ قضاؤه، وهو ٱختيارُ الطحاويِّ[(٤)] كما مرَّ، وميلي إلى ٱختياره، فإنَّ القضاءَ بالحقِّ من أفضلِ العباداتِ والطاعاتِ، قال ﷺ: «**عدلُ ساعةٍ أفضلُ من عبادةِ ستين سنة**»[(٥)]،

---

(١) «الهداية» ٣/ ١١٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٥، و«اللباب» ٤/ ٧٨.

(٢) «الهداية» ٣/ ١١٢.

(٣) «المهذب» ٢/ ٢٩١، و«الوجيز» ٢/ ٢٣٧، و«روضة الطالبين» ٨/ ٨٤، و«غاية البيان» ص٣٢٣.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣٣٢.

(٥) رواه الطبراني في «الأوسط» ٥/ ٩٢ (٤٧٦٥)، وقال الألباني في «ضعيف الترغيب» (١٣١٨): ضعيف جدًا. اهـ ولفظه: «**يوم من إمام عدل خير من عبادة ستين سنة**» من حديث حديث أبي هريرة.

وفيه من الخطرِ العظيمِ ما فيه، وجهلُ الجاهلِ وفسقُ الفاسقِ ربَّما حمل صاحبَه على الاجتراء على دينِ اللهِ والحكم فيه بغير علمٍ ولا يثبت فيعود على ما وضع له القضاءُ بالنقضِ، ولعلَّ الجاهلَ المقلدَ الورعَ لا يجترئ على الحكمِ كما يجترئ عليه الفاسقُ العالمُ بالفقه، فربَّما استعملَ علمَه فيما يدعوه إليه فسقُه، فالخوفُ من الله ﷻ والعرض عليه والحذر من أليم الملامة والعقاب أصل عظيمٌ في بابِ القضاءِ بالحقِّ، ففي القولِ بانعزاله وعدمِ صحةِ توليته سدُّ بابِ الشرِّ وفتحُ بابِ الخيرِ، فليس في كلِّ حين يمكن عزلُ من يفسق من قضاةِ السوءِ، فتكون ولايتُهم وبالًا على الأمَّةِ وهٰذِه المسائلُ زوائدٌ[١].

قال: (ولا يستفتى الفاسق).

هٰذِه من الزوائد، قال صاحبُ «الهداية»[٢] في المفتي إذا كان فاسقًا قولان: أحدهما: أنه لا يصلحُ؛ لأنَّ الفتوىٰ من أمورِ الدينِ، والفاسقُ لا يقبل قولُه في الديانات، وهٰذا القولُ هو الذي اخترته في المتن. وقيل: يصلحُ للفتوىٰ؛ لأنه يجتهدُ كلَّ الجهد في إصابةِ الحقِّ حذارًا من النسبةِ إلى الخطأِ. أقول: أولىٰ ما يستنزل به فيض الرحمةِ /١٤١ب/ الإلهية في تحقيقِ الواقعاتِ الشرعيةِ طاعةُ الله ﷻ والتمسكُ بحبل التقوىٰ، قال تعالىٰ: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢] ومن اعتمد علىٰ رأيه وذهنه في استخراجِ دقائقِ الفقهِ وكنوزِه وهو ممنوٌّ[٣] بظلماتِ

(١) «الهداية» ٣/ ١١٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٥، و«اللباب» ٤/ ٧٨.
(٢) «الهداية» ٣/ ١١٢.
(٣) في (ب): (ممنوع).
ممنو: منوته ومنيته إذ ابتليته وممنو مبتلىٰ «الصحاح» ص ١٠٠٤ مادة منا.

المعصيةِ حقيقٌ بإنزالِ الخذلانِ عليه فقد اعتمدَ ما لا يعتمدُ عليه ﴿وَمَن لَّمْ يَجْعَلِ ٱللَّهُ لَهُۥ نُورًا فَمَا لَهُۥ مِن نُّورٍ﴾[1] [النور: ٤٠].

قال: (وينبغي أن لا يسأل القضاء).

لقوله ﷺ: «**من سَأَل القضاءَ وُكِّلَ إلىٰ نفسِه ومن لا يسأله ينزلُ عليه ملكٌ يسدده**»[2]؛ ولأنه إذا طلبَ الولايةَ كان اعتمادُه علىٰ كفايةِ نفسهِ، وإذا طُلب إليها كان اعتماده علىٰ توفيقِ ربهِ[3].

قال: (ويرخص الدخول فيه لمن يثق بأداءِ فرضه، ويكره لمن يخاف العجز عنه والحيف فيه ويفرض على المتعين له).

أَطلقَ اسمَ الرخصةِ على الدخولِ في القضاءِ لمن يثق من نفسهِ بأداءِ ما يفترض عليه فيه -وهو الصحيح- فقد كره بعضُ المشايخ الدخولَ اختيارًا[4] أخذًا بقوله ﷺ: «**من جعل على القضاء فكأنَّما ذُبِحَ بغير سكين**»[5]، والصحيحُ ما ذكرنا طمعًا في إقامةِ العدلِ المندوبِ إليه في قوله ﷺ: «**عدلُ ساعةٍ أفضلُ من عبادةِ سنةٍ**»، وفي رواية: «**من عبادة ستين سنة**»[6] إلَّا أنَّ التركَ عزيمةٌ فلعل ظنه في نفسه مخطئ وقد يتغير حالُه بعد التوليةِ عمَّا كان يظن في نفسهِ قبلها، وقد تجري علىٰ سننٍ

---

(١) «الهداية» ٣/ ١١٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٥، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٣٥٩.

(٢) رواه أبو داود (٣٥٧٨)، والترمذي (١٣٢٣)، وابن ماجه (٢٣٠٩)، وأحمد ٣/ ١١٨، وضعفه الألباني من حديث أنس في «الضعيفة» (١٣١٥).

(٣) «المبسوط» ١٦/ ٧٣، و«الهداية» ٣/ ١١٣، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٦، و«اللباب» ٤/ ٧٩.

(٤) «الهداية» ٣/ ١١٣، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٦، و«اللباب» ٤/ ٧٨.

(٥) رواه أبو داود (٣٥٧١)، وابن ماجه (٢٣٠٨)، وأحمد ٢/ ٢٣٠.

(٦) سبق تخريجه.

واحدٍ إلَّا أنَّ غيره لا يعينه علىٰ ما يقتضيه رأيه، والإعانةُ من ضروراتِ ذلك. أمَّا إذا خافَ علىٰ نفسه الجورَ والحيفَ والعجزَ عن القيامِ مما يجب عليه فيه فيكره له الدخولُ فيه، وأمَّا إذا تعيَّنَ له بحيث ٱجتمعت فيه أهليةُ القضاءِ ولم توجد في غيره فحينئذٍ يفترض عليه الدخول فيه؛ لأنَّه لو تأخَّر مع تعينهِ تقدَّم من لا يصلح، وفي تقديمه فسادٌ عظيمٌ، ودفعُ الفسادِ وصيانةُ حقوقِ العبادِ فرضٌ. وهٰذِه المسألة زائدةٌ[١].

قال: (ويجوزُ التقليدُ من الجائر).

لأنَّ الصحابةَ ﷺ تقلَّدوا القضاءَ من معاوية، والإمامُ الحقُّ هو علي ﷺ؛ ولأنَّ علماءَ السلفِ تقلدَّوه من الحجاج مع جوره، هٰذا إذا كان يمكنه أن يقضيَ بالحقِّ، فإذا كان السلطانُ الجائرُ يمنعُ عن إقامةِ (الحقِّ)[٢] لا يجوز التقلد منه؛ لفوات المقصودِ من القضاءِ وهو إقامةُ الحقِّ[٣].

قال: (ويجوز قضاءُ المرأةِ إلَّا في الحدودِ والقصاصِ).

(وقد مرَّ الكلامُ في أنَّ (الكلامَ)[٤] معتبرٌ بالشهادةِ، وإنَّما لا يجوزُ قضاؤها في الحدودِ والقصاصِ)[٥]؛ لأنَّ (شهادتها)[٦] في ذلك غيرُ مقبولةٍ كما يأتي في الشهاداتِ[٧].

---

(١) «الهداية» ٣/ ١١٣، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٦، و«اللباب» ٤/ ٧٨.

(٢) في (ب): (الحد).

(٣) «الهداية» ٣/ ١١٣، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٦، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٣٦٨،

(٤) في (ج): (القضاء).

(٥) ساقط من (ب).

(٦) في (ب) و(ج): (شهادتهما).

(٧) «فتح القدير» ٧/ ٢٩٧، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٥، و«اللباب» ٤/ ٨٤.

قال: (وإذا ولي سلم إليه ديوان من تقدمه).

إذا ولي القضاءَ سلمَ إليه ديوان[١] القاضي الذي تقدمه، وينظرُ في السجلاتِ وغيرها وتسلم خرائطُ السجلاتِ إليه؛ لأنها وضعت فيها لتكونَ مرجعًا عند الحاجةِ إليها فتسلم إلىٰ من بيده زمان[٢] أمر القضاءِ، وسواء كان البياضُ من بيتِ المال أو من مالِ الخصومِ (في الصحيح)[٣] لأنهم وضعوه في يدِ القاضي لعلمه، وكذا إذا كانت من مالِ القاضي؛ لأنه يُدين بذلك ولم يتمولها ويبعث شخصينِ أمينيين إلى القاضي الذي[٣] كان قبله فيسألانه عن كلِّ واحدٍ منهما ويقضيانها منه ويحرزانها في خرائطها كل نوعٍ في خريطةٍ، لئلا يشتبه عليه، وهٰذا السؤالُ لكشفِ الحالِ دون الإلزامِ[٤].

قال: (وينظر في حالِ أهلِ السجنِ فمن ٱعترف بحقٍّ ألزمه، ومن أنكرَ لم يقبل قول المعزولِ عليه إلَّا ببينةٍ، ويستظهر قبل تخليته).

ثم ينظر القاضي في أحوالِ المحبوسين؛ لأنَّه نصبَ ناظرًا وهم أحقاءُ بالنظرِ في أمرِهم، فمن ٱعترفَ منهم بحقٍّ ألزمه بما ٱعترفَ به؛ لكون الإقرارِ حجةً ملزمةً، ومن أنكرَ منهم لم يقبل قولُ المعزولِ عليه إلَّا ببينةٍ؛ وهٰذا لأنَّ القاضي بالعزلِ التحقَ بباقي الرعيةِ، وشهادة الواحدِ ليست بحجةٍ، وعلى الخصوص إذا كانت علىٰ فعلِ نفسِه وإذا لم يقم بينةً لم يبادر إلىٰ تخلية

---

(١) في (ج): (معنىٰ).

(٢) في (ب): (أيام) ولعل الصحيح (زمام).

(٣) من (ب).

(٤) «الهداية» ٣/ ١١٤، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٣٧٠-٣٧١.

سبيلِهِ، ولٰكن يستظهر ويتفحص عن حالِهِ، وهٰذا لأنَّ فعلَ من يقدمه حقٌّ ظاهرٌ، أو في تخليته إبطالُ حقٍّ من تعلق حقه بحبسه فيثبت[(١)].

قال: (ويفعلُ في الودائعِ (والوقوفِ بما تقوم به الحجةُ).

ثم ينظر في الودائعِ)[(٢)] وارتفاع الوقوفِ فيعملُ فيها بما تقوم به الحجةُ، وأطلق الحجةَ لتشملَ البينةَ والاعترافَ لكون كلٍّ واحدٍ منهما حجةً، ولا يقبل قولُ المعزولِ لما تقدم، فإن ٱعترفَ مَنِ الوديعةُ في يده أنَّ القاضي سلمها إليه قُبِلَ قولُه فيها لاشتمالِ إقرارِه بذلك على الٱعترافِ؛ لسبق يدِ القاضي، فكأن الوديعةَ في يده حكمًا فيقبل قولُه فيها، وإن بدأ بالإقرارِ لغيرِ القاضي سُلِّمت إلىٰ من أقرَّ بها له؛ لسبق حقِّ المقر له علىٰ يدِ القاضي[(١)].

قال: (ويجلس في المسجدِ).

الجامع، والغرض من ذلك أن يكونَ موضعُ حكمِه ظاهرًا لأهل بلدهِ وللغرباءِ إذا قدموا، وعلىٰ هٰذا فالمسجدُ الجامعُ أولىٰ؛ لأنه أشهر ولذلك زاده في الكتابِ، وعن الشافعيِّ[(٣)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه كره جلوسه في المسجدِ لاستلزامِ ذلك دخول المشركِ النجس والحائض (الممنوعين)[(٤)] دخول المسجد[(٥)].

---

(١) «الهداية» ٣/ ١١٤، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٣٧٠-٣٧١.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) «الأم» ٦/ ٢٢٩، و«المهذب» ٢/ ٢٩٤، و«الوجيز» ٢/ ٢٤٠، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٢/ ٢٧-٢٨.

(٤) في (ب) و(ج): (الممنوعة عن).

(٥) «بدائع الصنائع» ٧/ ٢٣، و«الهداية» ٣/ ١١٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٣٧٢.

ولنا[١]: أنه ﷺ كان يحكمُ في المسجدِ ويفصلُ الحكومةَ في معتكفه[٢]، والخلفاء الراشدون /١٤٢أ/ كانوا يجلسونَ في المساجد لفصلِ القضايا والحكومات[٣]؛ ولأنَّ القضاءَ الحقَّ من أفضلِ العباداتِ، والمسجد أحقُّ بإقامة العبادةِ فيه كالصلاة، والمشركُ نجاسته في الاعتقادِ دون البدنِ فلا يمتنع دخولُه، والحائضُ تخبرُ القاضي بحالها فيخرج إليها أو إلىٰ بابِ المسجدِ أو يبعث من يفصلُ بينها وبين خصمِها، كما إذا وقعت الخصومةُ في الدابة، ولو جلس في داره فلا بأس به، ويأذن للناس في دخولها ويجلس معه من كان يجالسه من قبل؛ لأنَّ في جلوسه[٤] وحده تهمة[٥].

قال: (ولا يقبل هدية إلَّا من قريبٍ لا حكومة له، أو معتاد لا يزيدُ علىٰ عادتهِ).

القاضي لا يقبلُ الهديةَ إلَّا من أحدِ رجلين، إمَّا ذو رحم منه، فإن في ذلك صلة الرحم إلَّا أن تكونَ له حكومةٌ فيمتنع؛ لأنَّ الهديةَ لأجلها فيتحاباها والثاني: من كانت له عادةٌ سابقةٌ قبلَ القضاءِ بمهاداته فيقبل منه هديته؛ لأنَّ الظاهرَ جريه علىٰ عادته، فلا تكون (هدية)[٦] للقضاء

---

(١) «بدائع الصنائع» ٧/ ٢٣، و«الهداية» ٣/ ١١٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٣٧٢.
(٢) يدل عليه حديث كعب بن مالك، رواه البخاري (٤٥٧)، ومسلم (١٥٥٨).
(٣) أنظر ما ذكره البخاري في كتاب الأحكام، باب من قضىٰ ولاعن في المسجد. «الفتح» ١٣/ ١٥٥.
(٤) في (ب): (دخوله).
(٥) «بدائع الصنائع» ٧/ ٢٣، و«الهداية» ٣/ ١١٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٣٧٢، و«اللباب» ٤/ ٨٠.
(٦) في (ب) و(ج): (هديته).

إلَّا إذا زاد علىٰ (المقدارِ المعتادِ)[١]؛ لأنه حينئذٍ (للقضاء)[٢] واجتزأ بما زاده من القيد الأول في القريبِ -وهو أن لا تكون له حكومةٌ- عن ذكره في المعتاد للعلم به، والقيدان زائدان[٣].

قال: (ولا يحضر دعوة خاصة واستثني قريبه).

لا يحضر القاضي دعوةً إلَّا أن تكون عامةً؛ لأنها إذا كانت عامةً لا تلحقه بحضورها تهمةٌ، بخلاف الدعوةِ الخاصةِ (به)[٢]. وأبو حنيفة[٤] وأبو يوسف[٤] رحمهما الله عمَّما هٰذا النفي ليشمل القريبَ أيضًا؛ لمكان التهمة. ومحمد[٤] رحمه الله اعتبر حضورَ دعوته بقبول هديته، والتنبيه علىٰ قولِه من الزوائد.

والدعوةُ الخاصةُ هي التي إنما يحمل المضيفَ عليها حضورُ القاضي فإذا علم أنه لا يجيب يتركها.

قال: (ويشهد الجنازة ويعود المريض).

لأن ذلك من حقوق المسلمين، فلا يمتنع عنه، قال ﷺ: « **للمسلم على المسلم ستةُ حقوقٍ** »[٥]، وعدَّ منها هذين الأمرين[٦].

---

(١) في (ج): (مقدار العادة).

(٢) من (ب).

(٣) «مختصر الطحاوي» ٣٢٦، و«المبسوط» ١٦/ ٨٢، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٧، و«درر الحكام» ٢/ ٤٠٦، و«اللباب» ٤/ ٨١.

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٢٦، و«المبسوط» ١٦/ ٨١-٨٢، و«بدائع الصنائع» ٧/ ١٧-١٨، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٩، و«اللباب» ٤/ ٨١.

(٥) رواه مسلم ٢١٦٢/ ٥ بلفظ: « **حق المسلم على المسلم ست** ».

(٦) «بدائع الصنائع» ٧/ ١٧-١٨، و«الهداية» ٣/ ١١٥، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٢٧٥، و«درر الحكام» ٢/ ٤٠٦.

قال: (ولا يضيف أحدُ الخصمين ولا يشير إليه ولا يسارّه ولا يلقنه حجة ويسوي بينهما في المجلس).

أمَّا الضيافةُ فلما فيها من التهمة الظاهرة (فليتجنبها)[١]، وأمَّا الإشارة إلىٰ أحد الخصمين ومسارته دون الأخر وتلقينه الحجة فلاشتمال ذلك على الميل إلىٰ أحد الخصمين والحيف بالآخر، والتهمةِ الظاهرةِ مع ٱنكسار قلب الخصم الذي ربَّما حمله علىٰ ترك حقه عند مشاهدة ذلك، ولا ينبغي أن يضحك من وجه أحدهما لئلا يجترئ بذلك علىٰ خصمه ولا يمازحهما ولا واحدًا منهما؛ لأنَّ ذلك يذهب بمهابة مجلسِ القضاء[٢].

قال: (وإذا ثبت الحقُّ بالبينة فطلب ذو الحق حبسَ غريمه حبسه أو بالإقرار تثبت، وأمره بالأداء فإن ٱمتنع حبسه في كلِّ دينٍ هو بدل مال كالثمن، أو ملتزم بعقد كالمهر والكفالة).

إذا ثبت الحقُّ عند القاضي فلا يخلو، إمَّا أن يثبت ببينة أو ٱعتراف، والإشارة إلىٰ هذين من الزوائد، فإن ثبت بالبينة فطلب الغريم حبس غريمه ، حبسه القاضي عند ثبوت الحق؛ لظهور مطله بإنكاره، إذ البينة لا تقام على المعترف، وأمَّا إذا ثبت الحق بالإقرار، فطلب الغريم حبس غريمه تثبَّت القاضي بحبسه ولم يعجل به، لكن يأمره بأداء ما عليه من الحق؛ لأنه لم يثبت مطله بأول الحال، والحبس جزاء المطل، ولعل

---

(١) في (ب): (فليجتنبها).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٢٥، و«المبسوط» ١٦/ ٧٦-٧٨، و«الهداية» ٣/ ١١٥، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٢٧٥.

هٰذا المقر طمع من غريمه بإمهاله فلم يستصحب معه ما أقرَّ به فيأمره بإيصاله إليه، فإن ٱمتنع من الأداء ظهر مطله (فيجيب إلىٰ حبسه)[١]، وإنما يحبسه في كل دين لزمه عن مال حصل في يده كثمن المبيع، و[٢] بدل القرض أو كان قد التزمه بعقد كالمهر والكفالة، والمراد بالمهر المعجل عنه دون المؤجل، كذا نصَّ عليه في «الهداية»[٣]. ووجه ذلك أنه لمَّا حصل في يده المال ثبت غناه به وإقدامه على الٱلتزام بالاختيار دليل اليسار، إذ العاقل لا يلتزم بما لا يقدر علىٰ أدائه فقامت دلالةُ الغناء ظاهرًا فيحبس[٤].

قال: (لا فيما سوىٰ ذلك إذا ٱدعى الفقر حتىٰ يقيم المدعي بينة بيساره وقيل: القول لمن عليه مطلقًا).

أمَّا إذا ٱدعى الفقر في غير الدين اللازم له بسبب مال حصل في يده أو التزمه بعقد، فإن القاضي لا يحبسه حتىٰ يثبت يساره ببينة يقيمها عليه المدعي؛ لأنَّ في الأول قامت دلالة الغناء (بسبب الإقدام)[٥] على الٱلتزام، وبسبب حصولِ بدل ذلك الدين، وفي غيره فقدت هٰذِه الدلالة فلابدَّ من إثبات يساره بالحجة، فإن أقامها وإلَّا فالقولُ قولُ من عليه. وقيل: القولُ قولُ من عليه مطلقًا -يعني في هٰذا القول[٦] وفي الأول-.

---

(١) في (ب): (فيحبس).

(٢) في (ج): (في).

(٣) «الهداية» ٣/ ١١٦.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣٣٥، و«الهداية» ٣/ ١١٥-١١٦، و«الاختيار» ٢/ ٣٥٣، و«اللباب» ٤/ ٨٢.

(٥) في (ب): (سببًا للإقدام).

(٦) من (ج).

وهٰذا القول من الزوائد[١].

ووجهه: أنَّ الأصلَ هو الاْعتبارُ وإنما يثبتُ اليسارُ بعارضٍ، فالفقرُ أصليٌّ والغنىٰ عارضي[٢] والطارئ[٣] يحتاج إلى الإثبات، وروي أنَّ القولَ لمن[٤] عليه إلَّا في بدلِ المال. وفي النفقةِ القول قول الزوج في الإعسار، وفي إعتاق العبد المشترك القول قول المعتق[١].

قال: (ويحبسه مدةً يراها القاضي في الصحيحِ /١٤٢ب/ فإن لم يظهر له مالٌ أطلقه ولا يحولُ بينه وبين غريمه).

إذا ثبت أن له مالًا ببينة يقيمها[٥] المدعي أو فيما القولُ قولُه يحبسه القاضي مدةً يتعرف فيها حاله ثم يسأل عنه، فإن ظهر له مالٌ وإلَّا خلَّىٰ سبيله[١].

أمَّا الحبسُ فلأنه بالمطل في الحال اْستحقه، وإنما يطيل حبسُه هٰذِه المدة؛ لان الغرضَ به أن يظهر ما عنده بواسطة ضِيقِ نفسه فإن لم يمتد مدةً لا تحصل هٰذِه الفائدةُ، وفي تقدير المدة روايات أحدُها شهر، والأخرىٰ شهران والأخرىٰ ثلاثةٌ وأربعةٌ إلىٰ ستةِ أشهرٍ. والصحيحُ أن ذلك مفوَّض إلىٰ رأي القاضي فالناسُ يختلفون في ذلك، فمنهم شديدُ الحرص علىٰ حفظ المال يرى الحبسَ وإن طال أهونَ عليه من إخراج المال، وآخرُ ضدُّه لا يستطيع ضنكَ العيشِ ولا يرىٰ إهانةَ نفسه لإعزاز درهمه، فيسعىٰ بأنواع من السعي في تخليص نفسه من ضيق الحبس

---

(١) «الهداية» ٣/ ١١٦، و«الاختيار» ٢/ ٣٥٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٣٣٨-٣٨٩، و«اللباب» ٤/ ٨٢-٨٣.

(٢) في (ب): (ظاهري).

(٣) في (ج): (العارضي).

(٤) في (ج): (قول من).

(٥) في الأصل: (يقيم).

والشاهد يرىٰ ما لا يرى الغائب والقاضي يحضر الخصوم فيتعرف من شمائلهم أحوالَهُم وخلائقهم فيعامل كلَّ واحد بحسب ما يظهر منه، والتنبيهُ علىٰ ذلك من الزوائد.

وإنَّما يطلقه إذا لم يظهْر له مالٌ، بعد مضي المدة التي عينها القاضي؛ لأنه معسرٌ، قد ٱستحق النظرة إلىٰ ميسرة بالنصِّ فحبسُه بعد ٱستحقاقه ذلك ظلمٌ، ولو قامتِ البينةُ علىٰ إفلاسه من قبل حبسه هل تقبل؟ فيه روايتان، وعلىٰ عدمِ القبولِ عامة المشايخ رحمهم الله[1].

قال: (ويحبس في نفقةِ المرأةِ ولا والد في دينِ ولده إلَّا إذا ٱمتنع أن ينفقَ عليه).

أمَّا الأولُ: فلأنَّ الزوجَ إذا ٱمتنع عن الإنفاقِ كان ظالمًا فيحبس. وأمَّا الثاني: فلأن الحبسَ عقوبةٌ لا يستحقها الولدُ علىٰ والده إكرامًا كالحدّ والقصاصِ، وإنما يحبسُ إذا ٱمتنعَ من الإنفاقِ على الولد؛ لأنَّ فيه إحياءً للولد، ولأنه إذا مضت مدةٌ لا ينفق عليه سقطتِ المطالبةُ به فلا يتدارك فكان ٱمتناعه ظلمًا فيحبس[2].

قال: (ولا يستخلفُ إلَّا بتفويضٍ).

القاضي لا يستخلفُ غيره على القضاء إلَّا أن يفوض إليه ذلك؛ لأنَّ تقليدَ القضاء شيءٌ وتقلده شيء، وتقلدُهُ لا يستلزم التقليد به فصار كالوكيل ليس له أنْ يوكلَ غيره إلَّا بإذنٍ أو تفويض، وهٰذا خلافُ

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٦٦، و«الاختيار» ٢/ ٣٥٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٣٨٧، و«اللباب» ٤/ ٨٣.

(٢) «فتح القدير» ٧/ ٢٨٤-٢٨٥، و«الاختيار» ٢/ ٣٥٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٣٩٠، و«اللباب» ٤/ ٨٣-٨٤.

المأمور بإقامة الجمعة حيث يجوزُ له الاستخلاف وإن لم يصّرحْ له به لقيام دلالة الإذن في ذلك باعتبارٍ لوقتها فهي علىٰ شرفِ الفوات، وكان الأمرُ بإقامتها إذنًا بالاستخلاف فيها دلالة ولا كذلك القضاء، فلو قضى القاضي الثاني والأولُ حاضرٌ أو قضىٰ فأجاز الأولُ قضاءه جاز اعتبارًا بالوكالة باعتبار حضور رأيه، أمَّا إذا فوَّضَ إليه الاستخلافَ بملكه فيصير القاضي الثاني نائبًا عن الأصل فلا يملك القاضي الأولُ عزلَه[1].

قال: (وإذا رُفعَ إليه حكمُ حاكمٍ أمضاه إلَّا أنْ يخالفَ الكتابَ أو السُّنةَ أو الإجماعَ أو يعرىٰ عن دليلٍ).

وهٰذا لأنَّ القضاءَ إذا لاقىٰ محلًّا مجتهدًا فيه نفذ ولا يرده (غيره)[2]؛ لأنَّ اجتهادَ القاضي الثاني كاجتهادِ الأولِ، والاجتهادُ الأولُ قد اتصل به القضاء فيرجح على الثاني ولا يُنقضُ الأقوىٰ بالأضعف[3].

قال: (فإنْ قضىٰ مخالفًا لمذهبه ناسيًا فهو نافذٌ وفي العمدِ روايتان وقالا: لا ينفذ مطلقًا، ويفتىٰ به).

القاضي إذا قضىٰ في مسألةٍ مجتهدٌ فيها بخلاف رواية[4] مذهبه فلا يخلو، إمَّا إن كان ناسيًا أو عامدًا، فإن كان ناسيًا نفذ قضاؤه عند

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٣٢-٣٣٣، و«المبسوط» ١٦/ ١١٠، و«فتح القدير» ٧/ ٢٩٨، و«اللباب» ٤/ ٨٧.

(٢) من (ب)، (ج).

(٣) «الهداية» ٣/ ١١٩، و«الاختيار» ٢/ ٣٥٠، و«درر الحكام» ٢/ ٤٠٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٨.

(٤) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب).

أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[(١)]، وإن كان عامدًا فعنه في نفاذ قضائه روايتان، وجهُ النفاذ أنه ليس بخطأ يقينًا لكونه مجتهدًا فيه، فالمقضي به كغيره في ٱحتمالِ الخطأ والصواب، وقد ٱتصل به القضاءُ فيرجَّح، ومذهبُهما[(١)] أنه لا ينفذ في الوجهين عامدًا كان أو ناسيًا وهو معنىٰ قيدِ الإطلاقِ وعليه الفتوىٰ، ووجهه: أنه قضىٰ في مجتهدٍ فيه بما هو خطأ في رواية، واجتهادهُ ومذهبه والواجب عليه العمل بما غلب علىٰ ظنه في المجتهدِ فيه، فقد تركهُ إلىٰ غيره من غير مرجّح فلا ينفذ.

والمسألةُ كلها من الزوائد[(١)].

والمراد بالسنةِ المشهورُ منها؛ لأن مخالفتَهُ خطأٌ متيقنٌ به، والمعتبرُ في الٱختلاف هو ٱختلافُ الصدرِ الأول.

قال: (ولا نحكم علىٰ غائبٍ إلَّا بنائبٍ).

الحكم على الغائبِ لا يجوز إلَّا أن يحضر من ينوبُ منابه ويقوم مقامَهُ[(٢)].

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[(٣)]: يجوز الحكمُ عليه؛ لأنَّ الحكم مبنيٌّ علىٰ ظهور الحق[(٤)] عند القاضي، وذلك بقيام البينةِ به، فإذا قامت البينةُ ظهر الحقُّ فصحَّ الحكم.

---

(١) «الهداية» ٣/ ١١٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٠٨.

(٢) «الهداية» ٣/ ١١٩، و«الاختيار» ٢/ ٣٥٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١٧، و«اللباب» ٤/ ٨٨.

(٣) «التنبيه» ٢٦٥، و«المهذب» ٢/ ٣٠٤، و«الوجيز» ٢/ ٢٤٣، و«تكملة تكملة المجموع» ٢٢/ ٨١-٨٢.

(٤) غير واضحة بالأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

ولنا: أن قيامَ البينةِ مستلزمٌ سبقَ إنكار المنكر؛ لأن العملَ بها لقطع الخصومةِ والمنازعةِ، وبدون الإنكارِ لا يتحقق العملُ بالبينةِ والمنكرُ معدوم فتعذر العملُ بالبينةِ فتعذر ترتيبُ الحكمِ عليها، ولجواز أنه لو حضرَ لأقرّ، كما يجوز أنه ينكر فيشتبه على القاضي وجه القضاء لقيام هٰذا الاحتمالِ؛ لأنّ أحكامَهما مختلفة، ولو أنه أنكر ثم غابَ فالحكمُ كذلك لأنَّ الإنكارَ وقتَ القضاءِ هو الشرطُ، وأطلق النائبَ ليشملَ من يكونُ نائبًا بإنابتهِ أو بإنابةِ الشرعِ كالوصيِّ من جهةِ القاضي.

وذكرَ في «الواقعات» رجلٌ توجه عليه القضاء ببينةٍ قامت عليه /١٤٣أ/ وعدلوا فاختفى الرجلُ لا يُقضىٰ عليه حتىٰ يحضر؛ لأنه لو قضىٰ عليه يكون هٰذا قضاءً على الغائبِ، وأنه لا يجوز.

وعن أبي يوسف رحمه الله[1] في «الأمالي» أنه يقضي عليه[2].

وذكر القاضي أبو علي النسفي رحمه الله[3]: إني رأيت في بعضِ النوادرِ أن قول أبي حنيفة رحمه الله[2] مثل قول محمد[4][2] وأبي يوسف[2] رحمهما الله، فصارت المسألةُ متفقًا عليها أنه ينصب فيه خصمًا ويقضي عليه وإن كان لا يقضىٰ عليه.

---

(١) «فتح القدير» ٧/ ٣١٥.

(٢) «الهداية» ٣/ ١١٩، و«الاختيار» ٢/ ٣٥٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١٧-١٨، و«حاشية ابن عابدين» ٧/ ٣٠٨-٣١٠.

(٣) «فتح القدير» ٧/ ٣١٥.

(٤) من (ب).

قال: (وهو بشهادةِ الزورِ نافذٌ مطلقًا في العقودِ والفسوخ وقالا: ظاهرًا).

إذا قضى القاضي في الظاهرِ بتحريم أو لإحلالٍ فهو في الباطن، كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله[1].

وقالا[1]: إذا كانت الدعوىٰ بسببٍ معين كالنكاحِ والطلاقِ والبيعِ والشراءِ والإقالةِ والردِ بالعيبِ والنسبِ، وفي العنَّةِ والصدقةِ روايتان، وهي مسألةُ القضاء بشهادةِ الزورِ في العقود والفسوخ، ومن صورها: ٱمرأةٌ ٱدعت علىٰ رجلٍ أنه تزوجها، فأنكرَ فأقامت علىٰ ذلك بينةً فحكم القاضي بأنها ٱمرأتهُ ولم يكن تزوجها.

قال أبو حنيفة رحمه الله[1]: وسعها المقامُ معه وأنْ تدعَهُ يطؤها.

وقال أبو يوسف رحمه الله آخرًا[1] -وهو قول محمد[1] والشافعي[2] رحمهما الله: لا يسعه أن يطأها لهم[3][1] أنَّ القضاءَ إظهارُ ما كان ثابتًا لا إثباتُ أمرٍ لم يكن، والنكاح لم يكن ثابتًا، فلا يثبت بالقضاءِ، وصار كالقضاءِ في الأملاك المرسلةِ بشهادةِ الزور كما لو كان الشهودُ عبيدًا أو محدودين في قذفٍ أو كفارًا.

وله[1]: أنه قضىٰ بما هو المفترضُ عليه بعد قيام الحجة عنده؛ لأنَّ الحجةَ أن يكون الشهودُ صدقة عنده لتعذرِ الوقوف علىٰ حقيقةِ الصدق فينفذ ظاهرًا وباطنًا قياسًا علىٰ ما إذا فرقَ بين الزوجين باللعان، وكما

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٣٣، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٣١، و«الاختيار» ٢/ ٣٥٢-٣٥٣، و«إيثار الإنصاف» ٦٨٧-٦٩٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١٤-١٥.

(٢) «المهذب» ٢/ ٣١١، و«التنبيه» ٣٦١، و«روضة الطالبين» ٨/ ١٣٨-١٣٩.

(٣) في (ج): (لما).

إذا قضىٰ بانفساخِ العقدِ بتخالف العاقدين قوله: إنَّ القضاءَ إظهارُ ما كان.
قلنا: هو كذلك، وإنشاء ما لا صحةَ للقضاءِ بدونه، وقد أمكن ٱقتضاءً كما في قوله: أعتق عبد عني بألف درهمٍ فأعتق المأمور، فإنه يقع العتقُ عن الآمرِ ويثبت البيعُ سابقًا على الإعتاقِ ٱقتضاءً بخلاف الأملاك المرسلة؛ لأنَّه لا يمكن بتقيدهِ باطنًا؛ لتعذرِ إثباتِ الملكِ بدون السبب، وفي الأسبابِ كثرةٌ، وتعيينُ سببٍ دون سببٍ غيرُ ممكن، وههنا أمكن بتقيده باطنًا بتقديم النكاحِ فيفذ صونًا للقضاءِ عن البطلان، وبخلاف ظهورِ الشهودِ عبيدًا أو محدودين في قذفٍ؛ لأنَّ القضاءَ بشهادتهم لا يجب على القاضي؛ لأنَّ الوقوفَ عليه ممكنٌ في الجملةِ.

قال: (والقاضي والشاهدُ والراوي لا يعملون بالخطّ مع نسيان الحادثةِ وأجازاه إذا علموا أنه خطُّهم)[١].

لهما: أنَّهم إذا تحققوا أنَّ الخطَّ خطُّهم أفادهم ذلك علم غالبِ الظنِ (وعليه الظن)[٢] في باب القضاءِ ينزل منزلة علم الإحاطةِ.

وله[١]: أنَّ القضاءَ والشهادةَ والروايةَ لا تجوز إلَّا عن علمٍ، ولا علم لجواز أنَّ الخطَّ يشبه الخطَّ، وقد يغلب الشبهُ بحيث يغلب عنده أنه خطٌّ، ويفعل[٣] عن أنَّه نفسٌ خاصٌ يمكن أن يتمرن عليه بحيث لا يتمكن الناظرُ إلى الخطَّين من التمييز بينهما فيعتقد اليقين في أنه خطُّه وهو خطُّ غيره في نفسِ الأمر، والاحتياطُ في ذلك واجبٌ ويذكر الواقعة مما يحرس عن ذلك[١].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٢٩، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٥٠، و«المبسوط» ١٦/ ٩٢، و«البحر الرائق» ٧/ ١٣.

(٢) من (ب)، (ج).

(٣) في (ب)، (ج): (ويغفل).

قال: (وهو ممنوعٌ عن الحكمِ بما علمه قبل الولايةِ).

ليس للقاضي أن يقضي بعلمهِ ولا بما شاهدهُ قبل أن يتولى القضاءَ، (ولا أن)[١] يقضي بما علمَ به في غير مصرِه الذي ٱستقضىٰ فيه.

وقالا[٢]: له ذلك؛ لأنَّ مستندَ الحكمِ -وهو العلمُ- لا يختلف حصولُه عنده، فإنَّ مدركَه واحدٌ والعلم[٣] به واحدٌ، ولا أثر للقضاءِ وعدمه ولا للمصرِ وعدمه في ذلك، فيجوز القضاءُ (به.

وله[٢]: أنَّ العلمَ حين وجد قبل القضاءِ كان علمَ شهادةٍ. لا علم قضاءٍ، ولا يكون علمُ الشهادةِ موجبًا لعلمِ القضاءِ)[٤] بدون لفظةِ الشهادةِ والعدد والأداء في مجلس القضاء، ولا يمكن للقاضي أن يجعل علمَ نفسهِ وشهادته موجبةٌ للقضاءِ (وإنما تصير شهادتهُ موجبةً للقضاء)[٤] إذا شهد هو وآخر عند الإمامِ الذي فوقَهُ ليقضي به[٢].

قال: (وإذا تراضى ٱثنان بحكمٍ بِصِفَة القاضي جاز في غير الحدودِ والقصاصِ).

إذا رضي رجلان بأن يحكمًا رجلًا يحكم بينهما جاز حكمُه؛ لأنَّ لهما ولايةً علىٰ أنفسهِما، فصحَّ بحكمهِما، وصحَّ حكمُه عليهما. وقوله: (بصفةِ القاضي) يحترزُ به عن أن يكونَ المحكِّمُ كافرًا أو محدودًا في القذفِ أو عبدًا أو ذميًا أو صبيًّا أو فاسقًا في ٱختيارِ الطحاويِّ[٥] علىٰ ما مرَّ، وإنمَّا ٱستثنى

---

(١) في (أ): (ولأن).

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٣٢، و«المبسوط» ١٦/ ١٠٥.

(٣) في (ب): (والعالم).

(٤) من (ب)، (ج).

(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٣٣.

الحدودَ والقصاصَ؛ لأنه ليس لهما ولايةٌ علىٰ دمهما، ألَا ترىٰ أنهما لا يملكان إباحاتَه ولو رضيا بإباحتِه لاستباح. وقيل: إنَّ تخصيصَ الحدودِ والقصاصِ يدلُّ علىٰ جوازِ التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاقِ المضافِ وغيره -وهو الصحيحُ- ألا ترىٰ أنه لا يفتىٰ به، ويقال: إنه محتاجٌ إلىٰ حكمِ المولىٰ؛ لئلا يتجاسر العوامُ على الحكمِ[1].

قال: (وإذا حكمَ لم يجز رجوعُهما).

لكلِّ واحدٍ من الخصمين أن يرجعَ ما لم يَحكم عليهما، وإذا حكمَ لم يكن لهما الرجوعُ، وهٰذا لأنه محكمٌ من قبلهما فلا يحكم إلَّا برضاهما جميعًا، وإذا حكمَ لزمهما؛ لأنَّ حكمَه صدر عن ولايةٍ عليهما.

قال: (ويمضيه القاضي إن وافقَ مذهبَه) /١٤٣ب/.

حكمُ المحكّمِ إذا رفِعَ إلى القاضي فوافقَ مذهبَه أمضاه؛ لأنه لا فائدةَ في نقضِه، ثم بالقضاءِ به[2] وإن خالفَه بعضه: لأنَّ حكمَه غيرُ لازمٍ له؛ لأنه حاكمٌ[3] لا من جهته[4].

قال: (وإن حكمَ في دمٍ خطأ بالديةِ على العاقلةِ لم ينفذ).

لأنه لا ولايةَ له على العاقلةِ؛ لأنه غيرُ محكَّمٍ من جهتهم، ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي، ويقضي بالديةِ على العاقلة لأنه

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٢٠، و«الاختيار» ٢/ ٣٥٧، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤-٢٥، و«اللباب» ٤/ ٨٩.

(٢) في (ج): (عليه).

(٣) من (ب)، (ج).

(٤) «الهداية» ٣/ ١٢٠، و«الاختيار» ٢/ ٣٥٧، و«المبسوط» ١٦/ ١١١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤-٢٥، و«اللباب» ٤/ ٨٩.

حكمٌ مخالف بالنصِّ، ولرأيه إلَّا إذا ثبت القتلُ بإقرارِهِ، فإن العاقلةَ لا تعقله، فصحَّ حكمُه بها عليه في ماله[1].

قال: (ويستمعُ الحجةَ ويقضي بالنكولِ[2] والإقرارِ).

لأنَّ الحكمَ بذلك حكمٌ موافقٌ للشرع، والتنبيهُ على الإقرار زائد، وإذا أخبر بإقرارِ أحد الخصمين اللذين حكَّمَاهُ أو بعدالةِ الشهودِ وهما علىٰ تحكيمهما يقبل قولُه، ولا يلتفت إلىٰ إنكارِ الخصم بسبب قيامِ ولايتهِ، وإن أخبر بالحكمِ لا يقبل لانقضاءِ ولايته، فصار كقول المولىٰ بعد عزله[3].

قال: (ولا يحكم لأصولِه وفروعه وزوجته كالقاضي).

حكم المحكِّم[4] والمولىٰ لآبائِه وأمهاتِه وأولادِه وزوجاته باطلٌ؛ لتمكنِ التهمةِ، ولهٰذا لا تقبل شهادتُه لهم.

وفي قوله: (لأصوله) تنبيهٌ علىٰ أنَّه لو قضىٰ عليهم جاز؛ لانتفاءِ التهمة المانعةِ من الحكم لهم، والتنبيه علىٰ أن حكمَ القاضي والمحكَّم في ذلك سواء من الزوائد[5].

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٢٠-١٢١، و«الاختيار» ٢/ ٣٥٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٦، و«اللباب» ٤/ ٩٠.

(٢) غير واضحه بالأصل، والمثبت من (ب)، (ج).

(٣) «الاختيار» ٢/ ٣٥٧-٣٥٨، و«فتح القدير» ٧/ ٣١٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٢٨-٤٢٩، و«اللباب» ٤/ ٩٠.

(٤) في (ب): (الحاكم).

(٥) «الهداية» ٣/ ١٢١، و«الاختيار» ٢/ ٣٥٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨، و«اللباب» ٤/ ٩٠.

قال: (ويقبل بالبينةِ كتابُ القاضي إلىٰ مثله في كلِّ حقٍّ لا يسقط بالشبهة، فيكتب بالحكمِ أو بنقل الشهادةِ ليحكم المكتوب إليه ويقبل في العقَارِ والمنقولِ على المختار).

كتابُ القاضي إلى القاضي مقبولٌ إذا قامت البينةُ به عند المكتوبِ إليه وهٰذا لمساسِ الحاجةِ إلى القبولِ وأطلقَ البينةَ؛ ليعم الرَّجلين والرجلَ والمرأتين، وإنما ٱشتُرطتِ البينةُ؛ لأنَّ الكتابَ يشبه الكتابَ فلا يثبت أنه كتابُه إلَّا بالحجة التامة؛ لأنَّه ملزمٌ.

وهٰذا بخلافِ كتابِ الأستئمان من أهلِ الحربِ؛ لعدمِ الإلزامِ، وبخلاف رسولِ القاضي إلى المزكي، ورسوله إلى القاضي؛ لأنَّ الإلزامَ إنما هو بالشهادةِ دون التزكيةِ، فإن كان الخصمُ حاضرًا فقامتِ البينةُ عليه حُكِمَ عليه بها وكتب بحكمه، وهٰذا هو السجل، وإن شهدوا عنده والخصمُ غير حاضرٍ عنده لم يحكم؛ لأنه لا حكمَ على الغائبِ ويكتبُ بالشهادةِ ليحكم المكتوب إليه بها، وهٰذا هو الكتابُ الحكمي، وهو نقلُ الشهادةِ في الحقيقة، والحاجةُ ماسَّةٌ إلىٰ قبوله فلعلَّه يتعذرُ على المدعي الجمعُ بين الشهودِ والخصمِ، فأشبه الشهادةَ على الشهادةِ، وإنما لا يقبل كتابُه فيما يسقطُ بالشبهةِ كالحدودِ والقصاصِ؛ لما في ذلك من شبهةِ البدلية، فصار كالشهادةِ على الشهادةِ ولأنهما مما يندرئ بالشبهة، وفي قبول كتابِ القاضي بهما سعيٌ في إثباتهما.

ويندرج تحت قولِه: (في كلِّ حقٍّ) الدينُ والنكاحُ والنسبُ والمغصوبُ والأمانةُ المحمودةُ والمضاربةُ المحمودةُ، فإن ذلك كلَّهُ بمنزلةِ الدين، وهما مما يعرف بالوصفِ، وإنما يقبلُ كتابُه في العقارِ؛ لأنَّ التعريفَ يقع

بالتحديد، وكذلك يقبل كتابُه في سائرِ المنقولات كما هو مذهبُ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ وهو المختار للفتوىٰ، وعليه المشايخ المتأخرون، ووجه الروايةِ الناطقةِ بعدم القبول: ٱحتياجُ المنقولِ إلى الإشارة[١].

قال: (ويقرأهُ على الشهودِ؛ ليعلموا ما فيه ويختمه بحضرتهم ويسلِّمُه إليهم ويوجب الإشهاد لا غير. واختاره السرخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ).

الشرط عند أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٢] في قبولِ كتابِ القاضي إلى القاضي بأن يقرأَ الكتابَ على الشهود؛ ليعرفوا ما فيه ويعلمهم به؛ لأنَّ الشهادةَ لا تجوز بدون العلمِ، وأن يختمَه بحضرتهم ويسلمه إليهم؛ دفعًا لوهم التغيير.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٢]: ليس شيءٌ من ذلك بشرطٍ سوىٰ أن يشهِدَهم أنَّ هٰذا الكتابَ كتابُهُ، وهٰذا الختم ختمُه.

وعنه أيضًا: أن الختمَ ليس بشرطٍ أيضًا[٣] فسهَّل[٤] في ذلك لما ٱبتلي بالقضاء، وليس العيانُ كالخبرِ، وقد ٱختار شمسُ الأئمة السرخسي رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٥] قوله، والتنبيهُ عليه من الزوائد.

---

(١) «المبسوط» ١٦/ ٩٥-٩٦، و«الهداية» ٣/ ١١٧، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٨، و«اللباب» ٤/ ٨٤-٨٥.

(٢) «فتح القدير» ٧/ ٢٩٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٤، و«درر الحكام» ٢/ ٤١٣، و«اللباب» ٤/ ٨٥.

(٣) من (ب)، (ج).

(٤) في (ب): (ليشهد).

(٥) «المبسوط» ١٦/ ٩٥.

قال: (ولا يقبلُه القاضي حتىٰ يحضرَ الخصمُ).

وهٰذا لأنه بمنزلةِ أداءِ الشهادة، فيشترط حضوره، بخلاف سماعِ القاضي الكتاب[١]؛ لأنَّ ذلك للنقلِ لا للحكمِ[٢].

قال: (وينظر ختمه فإذا شهدوا أنه كتابُه سلَّمه إليهم، وقرأه عليهم وختمه، قصه وقرأه على الخصمِ وألزمه ما فيه، ويأمره بذلك إذا شهدوا أنه كتابُه).

وهٰذِه المسألةُ فرعٌ على الخلافِ المذكورِ في سابقتها من أبي يوسف[٢] وصاحبيه[٢] رحمهم الله، ولم يشترط في فتحِ الكتابِ ظهورَ العدالةِ، والصحيحُ أنه شرطٌ، كذا ذكره الخصافُ[٣]؛ لأنَّه ربما يحتاجُ إلىٰ زيادةِ الشهود، وإنما[٤] يقبله المكتوب إليه إذا كان القاضي الكاتبُ باقيًا علىٰ قضائه، فلو خرجَ عن أهليةِ القضاءِ أو ماتَ أو عزلَ قبل وصول الكتاب لا يقبل؛ إلَّا إذا كان معينًا بأن قال: إلىٰ فلانِ بن فلانٍ قاضي بلدة كذا، وإلىٰ من يصلُ إليه من قضاة المسلمين؛ لأنَّ غيره صار تبعًا له، بخلاف ما لو كتب ٱبتداء إلىٰ كلِّ من يصل إليه من قضاةِ المسلمين علىٰ ما ٱختاره المشايخُ؛ لأنَّ المكتوبَ إليه غيرُ معروفٍ /١٤٤أ/ ولو مات الخصمُ أنفذه على الورثةِ لقيامهم مقامَهُ (والله أعلم)[٥][٢].

---

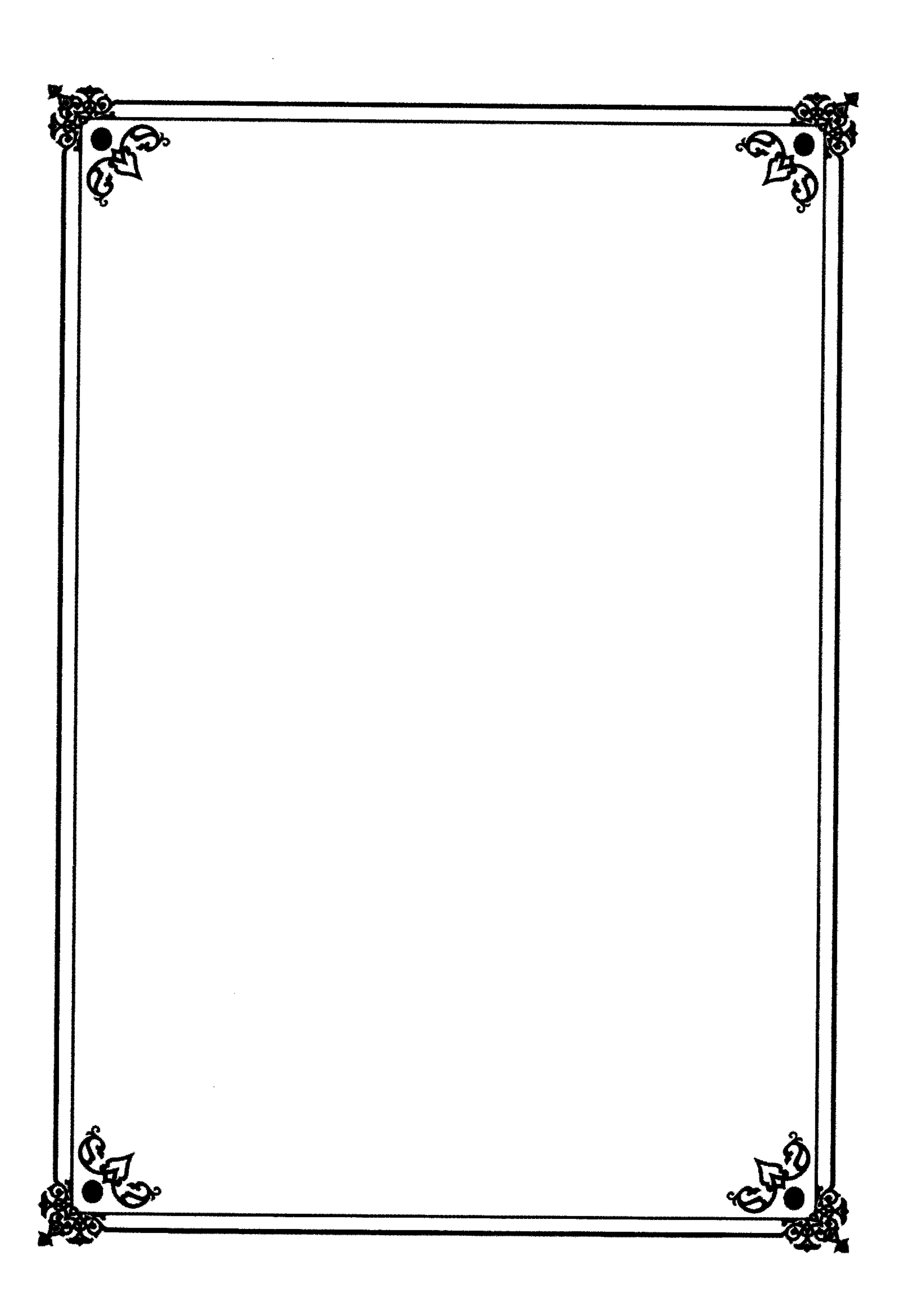
(١) في (ب): (الكاتب).

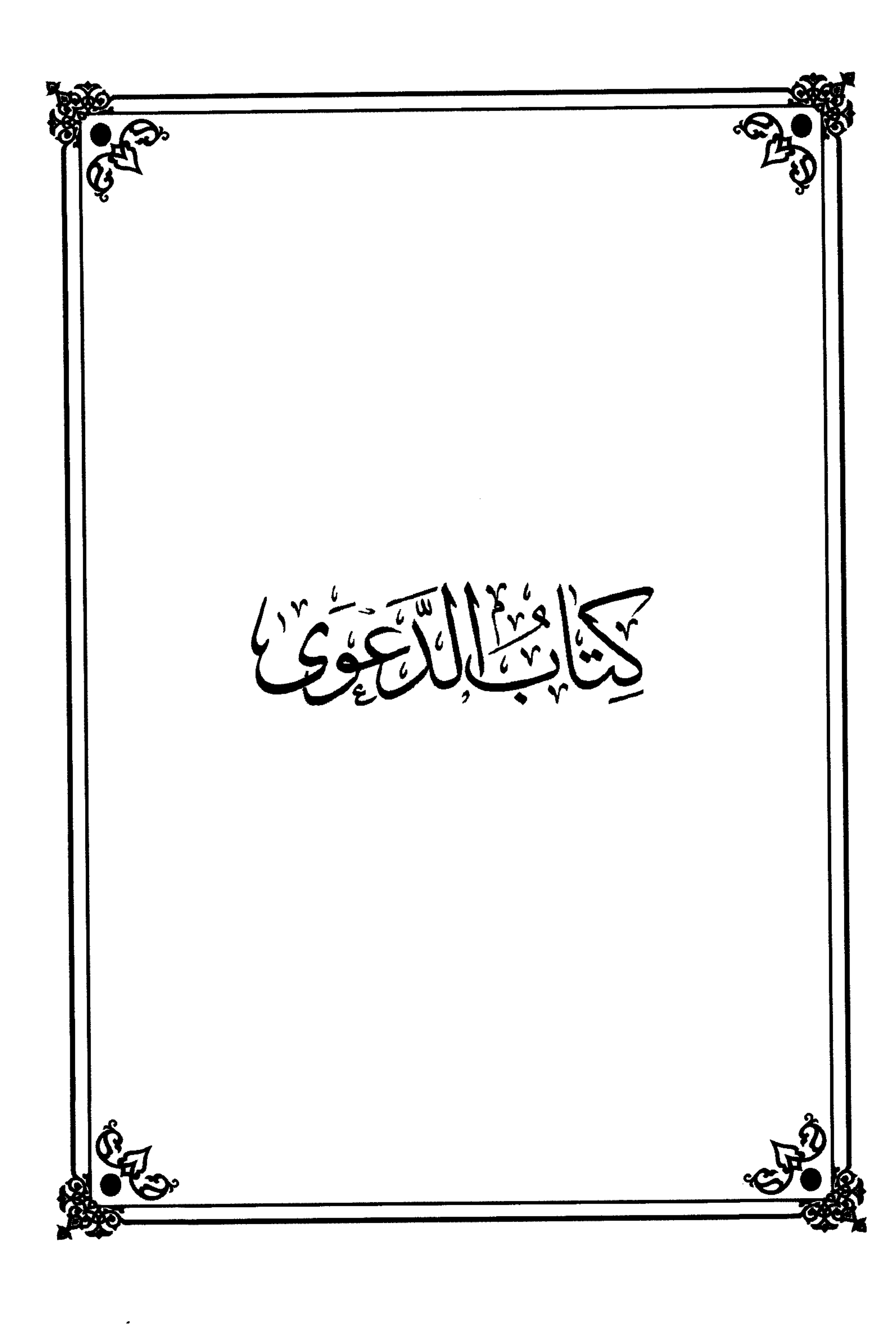
(٢) «المبسوط» ١٦/ ٩٥، و«الهداية» ٣/ ١١٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٤، و«اللباب» ٤/ ٨٦.

(٣) تقدمت ترجمته.

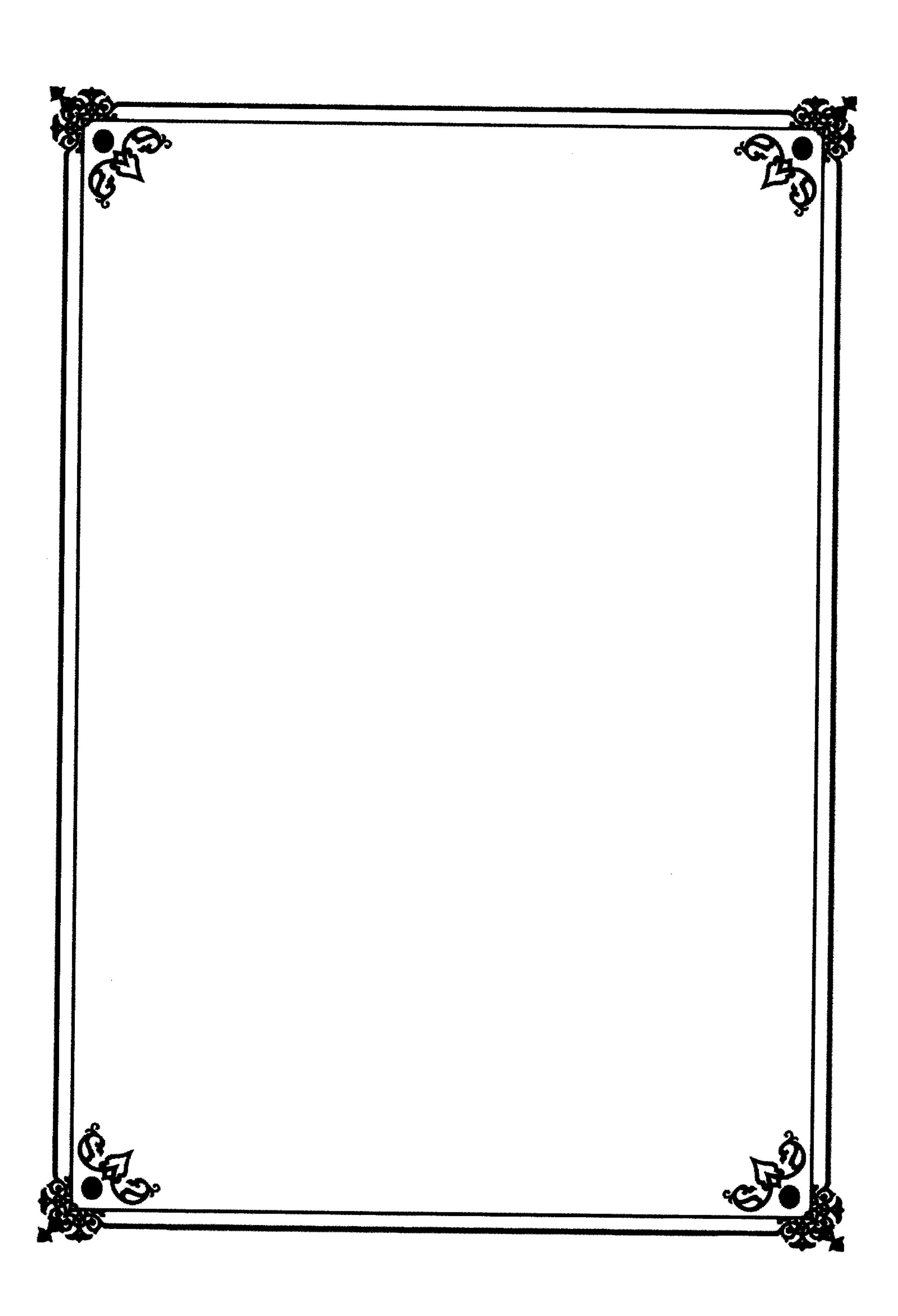
(٤) في (ب): (ولا).

(٥) من (ج).





كِتَابُ الدَّعْوَى



كتاب الدعوىٰ[(١)]

قال: (ويفسر المدعي بمن لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعي عليه من يجبر).

هٰذا هو التعريفُ الذي ذكره القدوري رحمه الله[(٢)]، وإنما زاد لفظة: (يفسر) تحرّزًا عن الجملةِ الإسمية، فإنه لا خلافَ بين أصحابنا في ذلك، وهٰذا التعريفُ أحسنُ، وقد قيل أيضًا: المدعي من لا يستحقُّ إلّا بحجةٍ كالخارجِ، والمدعىٰ عليه من لا[(٣)] يكون مستحقًّا بقوله من غيرِ حجة كذي اليدِ. وقيل: المدعي من يتمسك بغيرِالظاهرِ، والمدعىٰ عليه من يتمسك بالظاهر وعن محمدٍ رحمه الله[(٤)] في «الأصل» بالمدعىٰ عليه هو المنكرُ وإنما أقتصر عليه؛ لأنه إذا عرِفَ المدعىٰ عليه عرِفَ المدعي إلّا أنَّ الإنكارَ لا يخصُّ الصورةَ، فكم من مدعٍ صورةً وهو منكرٌ معني كمن يدعي ردَّ الوديعةِ إلىٰ صاحبها، فإنَّ القولَ قولُه؛ لكونه منكرًا للضمان معنىٰ، وإن كان مدعيًا للردّ صورةً فالحال من معرفةِ المنكرِ موكولٌ إلىٰ نظر الفقيه، والاعتبار في ذلك بالمعاني[(٤)].

---

(١) وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن القضاء لا يكون إلّا بالدعوىٰ وهي فعل من الدعاء وهو الطلب لغة. «المستجمع شرح المجمع» ٥٩٠ .

(٢) «الكتاب» ٤/ ٢٦-٢٧.

(٣) من (ب)، (ج).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٥١، و«البحر الرائق» ٨/ ١٩٣-١٩٤، و«فتح القدير» ٨/ ١٥٣-١٥٤، و«اللباب» ٤/ ٢٦-٢٧.

قال: (ويشترط لقبولها معرفةُ المدعىٰ به في جنسه وقدره).

لأنَّ الغرضَ من الدعوىٰ هو إلزامُ المدعىٰ عليه عند قيامِ البينةِ، ولا إلزامَ فيما لا يُعلم جنسُه وقدرُه[١].

قال: (وإحضارهُ إن كان يمينًا حاضرةً وإلا فبيان قيمتها).

إذا كان المدعىٰ به يمينًا فلا يخلو إمَّا إن كانت حاضرةً أو غير حاضرةٍ، فإن كانت حاضرةً كلف المدعىٰ عليه إحضارها؛ ليشير المدعي إليها في دعواه، وكذا في الشهادةِ والاستخلافِ؛ لأنَّ الإعلامَ بالمدعىٰ به شرطٌ وهو في المنقولِ بالإشارةِ إليه لإمكان النقلِ. وكون الإشارةِ أبلغُ في باب التعريفِ، وإذا لم تكنِ العينُ حاضرةً تعين ذكرُ قيمها لأنه تعذرتِ الإشارةُ إليها، وقيمتها هو معناها وبها تصير معلومةً؛ لأنَّ القيمةَ تعرف بالوصفِ.

وعن أبي الليث ﷺ[٢] أنَّه يشترط ذكرُ الذكورةِ والأنوثةِ أيضًا مع القيمة، وقد ٱتفق القضاةُ عن آخرهم علىٰ وجوبِ الحضورِ ووجوب الجوابِ عند الحضورِ، ليكون حضورُه مفيدًا فائدته، ووجوب إحضارِ العينِ المدعىٰ بها ووجوب اليمينِ عند الإنكارِ[٣].

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ٣٠-٣١، و«الهداية» ٣/ ١٧٣، و«البحر الرائق» ٧/ ١٩٥، و«جامع الفصوليين» ١/ ٥١.

(٢) «فتح القدير» ٨/ ١٦٠، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٤٥.

(٣) «مختصر الطحاوي» ٣٥٣-٣٥٤، و«المبسوط» ١٧/ ٣٢، و«فتح القدير» ٨/ ١٥٨- ١٦٠، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٤٥.

قال: (وإن كان عقارًا فتحديده في الدعوىٰ والشهادة شرطٌ واكتفيا بالشهرة في المشهور).

ذكر الحدودِ بأسماءِ أصحابها وأنسابهم إلى الجدّ شرطٌ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[1]؛ لتعلّق تمامِ التعريفِ بذكرِ الجدّ، وهٰذا هو الصحيح إلَّا إنْ يكونَ الرجلُ والذي ينسب الجدُّ إليه مشهورًا فيكتفي بذكره لحصولِ المقصودِ، وهٰذا بخلاف ما إذا كان العقارُ مشهورًا في نفسه لا يستغنىٰ بشهرتِه عن تحديدِهِ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[1]، خلافًا لهما[1] فإنهما ٱعتبرا شهرة العقارِ بشهرةِ الرجل في الجدِّ. وأبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[1] رَاعَىٰ فائدةَ التحديدِ، وهو دفعُ وقوعِ التنازع في الحدودِ بزيادةٍ أو نقصانٍ بخلاف الرجل، ويشترط التحديدُ في الشهادةِ كما يشترط في الدعوىٰ ، لتطابقَ الشهادةُ الدعوىٰ، ولتكون الشهادةُ بعين المدعي وليس ذلك إلَّا بالتحديدِ[1].

قال: (واكتفينا بذكر ثلاثةٍ).

إذا ذكر ثلاثةً من حدود الدارِ كفىٰ ذلك عندنا. وقال زفر (: لابدَّ من ذكرِ الأربعةِ؛ لأنَّ تمامَ المعرفةِ بالمحدودِ ويتعلق بذكرها فإذا أخلَّ بالرابعِ لم تكن دعواهُ معلومةً ولا الشهادةُ أيضًا فلا يسمع.

ولنا[1]: أنَّ الثلاثةَ أكثرُها فتقوم مقام الكلِّ، ولو ذكر الأربعةَ وغلط في الحدِّ الرابع لا يسمع؛ لأنَّ الدعوىٰ تختلف بذلك، ولا كذلك بالتركِ. وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ لو ذكرَ حدين يكتفىٰ بهما، واختلف في الحدَّين فقيل: يجبُ أن يكونا متقابلين. وقيل: متصلين. وكما يشترط التحديدُ في الدعوىٰ يشترط التحديدُ في الشهادةِ.

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٧٤، و«الاختيار» ٢/ ٣٧٨-٣٧٩، و«البحر الرائق» ٧/ ١٩٧، و«اللباب» ٤/ ٢٨.

قال: (ثم يذكر المدعىٰ عليه ومطالبته).

أمَّا الأوَّلُ فلأنَّ المدَّعىٰ عليه إذا لم يكن المدَّعىٰ به في يده لا يكون خصمًا للمدعي، فيجب على المدَّعي أن يذكرَ المدعىٰ به في يده، وهٰذا في المنقول، أمَّا العقارُ فلا يكتفىٰ بذكرِ أنه في يده وتصديق المدعىٰ عليه؛ بل لا تثبت اليد فيه[١] إلَّا ببينةٍ أو علمِ القاضي، وهٰذا هو الصحيح نفيًا (للتهمةِ المواضعةِ)[٢] فلعلَّ العقار في يد غيرهما، فأمَّا المنقولُ فاليدُ مشاهدةٌ فيه.

وأمَّا الثاني فلأنَّ المطالبة حقُّ المدعي فيشترط طلبه؛ ولأنَّ مجردَ اليدِ لا تكفي بدون الطلبِ؛ لجواز أن يكونَ مرهونًا في يده أو محبوسًا معه على الثمن، فالمطالبةُ تزيل مثل هٰذا الاحتمالِ، ولهٰذا قيل: يجب أن يقولَ في المنقولِ: إنه في يده بغيرِ حقٍّ.

وزاد بعضُهم شرطًا آخر وهو أن يقول: وواجبٌ عليه تسليمه، غير أن هٰذا الشرط الزائد ليس بواجبٍ في الصحيح[٣].

قال: (وإن كان دينًا فمطالبته).

أي: وإن كان المدعىٰ به دينًا في الذمة تشترط المطالبةُ به لما مرَّ؛ ولأنَّ صاحبَ الذمةِ حاضرٌ فلم يبق إلَّا مطالبته، إلَّا أن تعريفَة بالوصفِ لازمٌ؛ لأنَّه مما يعرف به[٣].

---

(١) من (ب).

(٢) في (أ): (لتهمة للمواضعة).

(٣) «الاختيار» ٢/ ٣٧٨-٣٧٩، و«فتح القدير» ٨/ ١٦٢-١٦٤، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٠٠، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٤٧.

قال: (فإذا صحت سأل /١٤٤ب/ القاضي المدعىٰ عليه، فإن ٱعترفَ قضىٰ عليه، وإن أنكر سأل المدعي البينةَ، فإن أحضرها حكَمَ بها، وإن عجزَ وطلب يمينَه ٱستحلف، فإن نكل ألزمه المدعىٰ به، وإن أخَّره حتىٰ يعرض اليمين ثلاثًا كان أولىٰ، ولا نجيز ردَّها على المدعي).

إنما يسألُ القاضي المدعىٰ عليه عن دعوى المدعي فيقول له: ما تقولُ فيما يدَّعيه عليك؛ لاستكشاف وجه الحكم؛ لأنَّ الجوابَ إمَّا بالاعترافِ أو الإنكارِ ويترتب علىٰ كلٍّ من هذين حكمُه، فإن ٱعترف بما ٱدَّعاه المدعي قضىٰ به؛ لأنَّ الأعترافَ حجةٌ موجبةٌ بنفسها، فيجب عليه الخروجُ عن عهدة ما ٱعترفَ به، وإن أنكر ما ٱدعىٰ عليه به سأل المدعي البينةَ المظهرةَ لصدقِ دعواه؛ لقوله ﷺ: « **ألك بيّنةٌ؟** »، فقال: لا. فقال: « **لك يمينه** »[1] سأل المدعي البينة أولًا فلما فقدتْ رتَّبَ علىٰ فقدها اليمينَ فالسؤال لا بدَّ منه؛ ليتمكن من ترتيب الأستحلافِ عند عدم البينةِ فإن أحضرَ بيّنتَه قضىٰ بها؛ لأنها حجةٌ ملزمةٌ ولا تهمةَ فيها، وإن عجزَ عن إقامةِ البيّنةِ وطلب يمينَ خصمِهِ ٱستحلفه القاضي؛ لأنه ﷺ رتَّبَ الأستحلافَ علىٰ فقدِ البينةِ كما مرَّ، ولمَّا كان اليمينُ حقَّ (المدعي بقوله ﷺ: « **لك يمينه** » ٱشترط طلبَه)[2] لكونه صاحبَ الحقِّ، فإن نكلَ المدعىٰ عليه عن اليمين قضى القاضي عليه بالنكولِ وألزمه ما ٱدعا به عليه، ويصحُّ القضاءُ بالنكول في أولِ مرةٍ -هو المذهب-

---

(١) رواه مسلم (١٣٩) كتاب: الإيمان، باب: وعيد من ٱقتطع حق بيمين فاجرة بالنار.

(٢) في (ب)، المدعىٰ عليه عن كل يمينه ٱشترطا عليه.

وهو الصحيح؛ إلَّا أن الخصَّاف رَحِمَهُ اللَّهُ[1] قال: ينبغي له أن يعرضَ عليه اليمينَ ثلاث مرات، فيقول: إني أعرضُ عليك اليمينَ ثلاث مرات، فإن حلفتَ وإلَّا قضيتُ عليك بالنكولِ وألزمتُك ما ٱدَّعىٰ به عليك، وهٰذا إنذارٌ أستحبَّ في موضعِ الخفاءِ ٱحتياطًا، والمذهب هو الأول، حتىٰ لو قضي بالنكولِ مرةً جاز، هو الصحيح والأول أولىٰ، ولفظة (أولىٰ) زائدة ولا تُردُّ اليمينُ على المدعي[2].

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[3]: تُردُّ اليمينُ على المدعي، فإذا حلفَ يقضىٰ به؛ لأنَّ النكولَ لا ينتهضُ حجةً؛ لاحتمال أنه ترفَّعَ عن اليمينِ الصادقة، وإحتمال تمنُّعِهِ عن اليمين الكاذبة، وأمَّا المدعي فيمنُه غير محتملةٍ بل هي دليلٌ علىٰ ظهورِ دعواه فيحكم به.

ولنا[2]: أنَّ النكولَ دليلٌ علىٰ أنه باذلٌ للمدعي أو مقر له به، ولولا ذلك لأقدمَ على اليمين دفعًا لضررِ الٱلتزام عن نفسهِ والردُّ لا وجه له؛ لأنه عَلَيْهِ السَّلَامُ رتَّبَ يمين المدعىٰ عليه علىٰ عجزِ المدعي عن البينةِ، وفي الردِّ ردُّ هٰذا الترتيب.

قال: (ولو قال لا أقرُّ ولا أنكرُ فالقاضي لا يستحلفه).

إذا قال المدعىٰ عليه: لا أُقرُّ بما ٱدعىٰ ولا أنكره.

قال الإمامُ أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[3]: لا يستحلف.

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٧٦، و«إيثار الإنصاف» ٦٩٥.

(٢) «المبسوط» ١٧/ ٣٤-٣٥، و«الاختيار» ٢/ ٣٧٩-٣٨٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٣٢، و«إيثار الإنصاف» ٦٩٤-٦٩٨، و«اللباب» ٤/ ٢٨-٢٩.

(٣) «الأم» ٦/ ٣٠٩-٣١٠، و«التنبيه» ٢٥٤، و«المهذب» ٢/ ٣٠٢، و«الوجيز» ٢/ ٢٦٦.

وقالا[١]: يستحلف؛ لأنَّ كلاميه)[٢] تعارضا (فتساقطا)[٣] فكان ساكتًا، والسكوتُ نكولٌ حكميٌّ فينزل منزلةَ النكولِ الحقيقيِّ، وهو قوله: لا أحلف إذا لم يكون السكوت عن آفةٍ مانعةٍ عن الكلام.

وأبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٤] يقول: اليمينُ إنما يتوجه شرعًا على المنكرِ، وقد صرَّحَ بأنه غيرُ منكرٍ، فلم يمكن تحليفه لكون القاضي يقول له: إمَّا أن تصدّقَه في دعواه، وإمّا أن تصرّحَ بالإنكارِ. فإن أصرَّ علىٰ كلامه كان جانيًا لتركِ طاعةِ أولي الأمر فيؤدِّبه القاضي بالحبسِ[٤].

قال: (ولا يحكم بالشاهدِ واليمين).

وإذا ٱدعى المدعي فطولبَ بالبينةِ فأحضر شاهدًا واحدًا.

قال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٥]: يُحلَّف المدعي علىٰ دعواه مع شهادةِ هٰذا الشاهدِ ويقضي بها القاضي، ومنع أصحابُنا من ذلك[٦].

له: أنه عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ قضىٰ بالشاهد واليمينِ.

ولنا: أن النصَّ أوجب البينةَ على المدعي وهما شاهدان أو رجلٌ وامرأتان بقوله تعالىٰ: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ٣٤-٣٥، و«الاختيار» ٢/ ٣٧٩-٣٨٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٣٢، و«إيثار الإنصاف» ٦٩٤-٦٩٨، و«اللباب» ٤/ ٢٨-٢٩.

(٢) في (ب): (كلًّا منهما).

(٣) غير واضحة بالأصل والمثبت من (ب)، (ج).

(٤) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٥٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٠٦، و«درر الحكام» ٢/ ٣٣٣، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٤٨.

(٥) «الأم» ٦/ ٣٠٥-٣٠٦، و«الوجيز» ٢/ ٢٥٥، و«روضة الطالبين» ٨/ ٢٥٢، و«غاية البيان» ٣٣٠.

(٦) «المبسوط» ١٧/ ٢٩-٣٠، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٣٣.

﴿فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، نقل الحكم عند فقد الشاهدين من الرجالِ إلىٰ شهادةِ الرجلِ والمرأتين، ولو كان الحكمُ باليمينِ مع الشاهدِ الواحد مشروعًا لنقل الحكم إليه، والنصُّ النبويُّ قسم البينةَ عليه واليمينَ على المنكر، والقسمةُ مما تنافي الشركة، فلو جاز يمينُ المدعي مع هٰذا الشاهدِ لكان ذلك ردًّا لهٰذِه القسمةِ، وما رواه طعنَ فيه يحيىٰ بن معين رَحِمَهُ ٱللَّهُ أو هو محمولٌ علىٰ أنه لما أحضر الشاهدَ الواحدَ ٱستحلف عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ المدعىٰ عليه، ثم حكمَ بالنكولِ فرأى الراوي حكمَه بعد الشاهدِ واليمينِ، فكانتِ الروايةُ مستندةً إلىٰ ظنّة أنه قضىٰ بشاهدٍ ويمينٍ[١].

قال: (ولو قال بيتىٰ حاضرة في المصرِ وطلب يمينه فهو ممنوعٌ منه).

رجلٌ قال: لي بينةٌ حاضرةٌ (في المصرِ)[٢] ثم طلب من القاضي أن يستحلفَ خصمَه فإن كانت حاضرةً في مجلسِ القاضي لم يستحلف إجماعًا[٣]، وإن كانت غائبةً من المصرِ مسافة السفرِ ٱستحلف إجماعًا[٣]، وإن كانت في المصرِ فهي المسألةُ الخلافيةُ.

وقالا[٣]: يستحلفه.

وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٣]: لا يستحلفه؛ ولذلك زاد قوله: (في المصر) تحقيقًا لموضعِ الخلاف.

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ٢٩-٣٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٥٧، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٣٣.

(٢) من (ب).

(٣) «الهداية» ٣/ ١٧٥، و«الاختيار» ٢/ ٣٨١، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٥٤، و«اللباب» ٤/ ٢٩.

لهما: عمومُ قوله عليه السلام: «واليمينُ علىٰ من أنكرَ»[١] واعتبارًا بما إذا كانت البيّنةُ غائبةً من المصرِ مسافة القصرِ. /١٤٥أ/

وله: أنه عليه السلام رتب يمينه علىٰ عدمِ البينةِ بقولِهِ عليه السلام: «ألك بينة؟»، فقال: لا. قال: «فلك يمينُهُ»[٢]، واعتبارًا بما إذا كانت حاضرةً في مجلسِ القضاءِ.

قال: (ويأخذ كفيلًا بنفسه ثلاثة أيَّام، فإن ٱمتنعَ لازمه إلَّا أن يكون غريبًا فيلازمه مقدار مجلسِ القاضي).

إذا قال المدعي: لي بينةٌ حاضرةٌ في المصرِ، قيل لخصمه: ٱعطه كفيلًا بنفسك ثلاثة أيَّام، والغرضُ من ذلك أن لا يذهب حقُّه بتقديرِ غيبوبةِ المدعىٰ عليه، والكفالةُ بالنفس جائزةٌ علىٰ ما مرَّ في الكفالةِ، ثم أخذ الكفيل بمجرد دعواه ٱستحسانًا، ووجهه أنَّ في ذلك نظرًا للمدعي لحفظِ حقِّهِ وليس فيه عظيمُ ضررٍ على المدعىٰ عليه؛ لأنَّ الحضورَ مستحقٌ

---

(١) جزء من حديث رواه الدارقطني ٣/ ١١٠، ٤/ ٢١٧- ٢١٨، ومن طريقه ابن الجوزي في «التحقيق» ٢/ ٣٨٨ (٢٠٤٦) من طريق عثمان بن محمد بن عثمان، عن مسلم بن خالد، عن ابن جريج عن عطاء، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ قال: «البينة علىٰ من ٱدعىٰ، واليمين علىٰ من أنكر إلَّا في القسامة».
وأشار ابن الجوزي لضعفه، فقال: مسلم بن خالد ضعيف.
ورواه البيهقي ١٠/ ٢٥٢ بنحوه، من حديث ابن عباس.
قال النووي في «شرح مسلم» ١٢/ ٣: إسناده حسن أو صحيح. وقال في «الأربعين» حديث (٣٣): حديث حسن.
والحديث رواه البخاري (٢٥١٤) كتاب: الرهن، باب: إذا ٱختلف الراهن والمرتهن ونحوه، ومسلم (١٧١١) كتاب: الأقضية، باب: اليمين على المدعىٰ عليه. عن ابن عباس بلفظ: «**اليمين على المدعىٰ عليه**».

(٢) تقدم تخريجه.

عليه بمجردِ الدعوىٰ، ألا ترىٰ أنه تعدىٰ عليه ويحالُ بينه وبين أشغالِه، فصح الأمرُ بالتكفيل لإحضارهِ، والتقدير بثلاثةِ أيَّام، مرويٌّ عن الإمام[١] هو الصحيح، ثم لا فرقَ بين أن يكونَ المالُ المدعىٰ به جليلًا أو حقيرًا، والمدعىٰ عليه خاملا[٢] أو نبيهًا في ظاهرِ المذهب، وعن محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١] أن المدعىٰ عليه إذا كان معروفًا وجهًا يعلم أن مثلَه لا يخفي نفسه لا يطالب بالكفيلِ، وكذلك إذا كان المالُ حقيرًا، والمسألة موضوعةٌ فيما إذا قال: لي بينةٌ حاضرةٌ في المصر. واكتفىٰ في ذلك بأنه أردفها عقيب المسألة الناطقةِ بذلك، ولو قال: لا شهودَ لي أو شهودي غُيَّبٌ لم يكفل؛ لخلوِّ التكفيلِ عن الفائدةِ، فإن ٱمتنع المدعىٰ عليه من إعطاء الكفيلِ بنفسه لازمه المدعي حفظًا لحقِّه، إلَّا أن يكون مسافرًا على الطريقِ فيلازمه مقدار مجلسِ القاضي؛ لأنَّ في الملازمةِ والكفالةِ أكثرُ من ذلك إضرارًا به من حيث منعهِ من السفر، وليس في ملازمةِ هٰذا القدر كبيرُ ضررٍ فجاز، وقد مرَّ الكلامُ في كيفية الملازمةِ في الحجر[١].

قال: (ولا يستحلف في حدّ وكذا في مجرد نكاحٍ، ورجعةٍ، وفيءٍ، وولادٍ، وولاءٍ، ورِقٍّ، ونسبٍ، وقيل: يفتىٰ بقولهما).

قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٣]: لا يستحلف في الأشياءِ الستة وهي: النكاحُ، والفيءُ في الإيلاءِ، والرجعية والرقُّ والولاء والنسب.

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٧٧، و«الاختيار» ٢/ ٣٨١، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٥٤، و«البحر الرائق» ٧/ ٢١٠-٢١١.

(٢) في (ج): (جاهلًا).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٦٥-٣٦٦، و«وسائل الأسلاف» ص٥٥٧-٥٥٩، و«إيثار

وقالا[1]: يستحلف فيها وعلىٰ هٰذا الخلاف الاستيلادُ؛ لأنَّه ملحقٌ بهٰذِه الستة؛ لأنَّ الدعوىٰ فيه دعوى النَّسبِ أو دعوى الرقِّ، وأجمعوا علىٰ أنَّه لا يستحلف في الحدودِ والكفارة[2] ولذلك عبر بالجملة النافيةِ أولًا، ثم بالإسميةِ الدالةِ على الخلاف ثانيًا.

وصورة المسألةِ في النكاح: أن يدَّعي رجلٌ على امرأةٍ نكاحَها أو ادَّعت هي عليه نكاحًا. وفي الفيء في الإيلاءِ إذا ادَّعىٰ بعد مضي مدة الإيلاءِ أنه فاءَ إليها في المدة، أو ادَّعت المرأةُ ذلك.

وفي الرجعةِ: إذا ادَّعىٰ بعد انقضاء عدتها أنه كان راجعها في العدة.

وفي الولاء: إذا ادَّعىٰ علىٰ معروفِ[3] النسبِ أنه معتقه[4]، أو ادَّعَىٰ معروف[5] النسبِ أنه معتقُه، أو كان ذلك في الموالاةِ.

وفي الولادِ، أي: في[6] النسب إذا ادَّعى الولدُ على الوالدِ، أو الوالدُ على الولدِ.

وفي الاستيلادِ: إذا ادَّعت الأمةُ على المولىٰ أنه ولدت منه وأنكرَ المولىٰ، ولا يُتَصَوَّر العكسُ -أعني: الدعوىٰ- من قبله عليها؛ لأنَّ الاستيلادَ يثبت بإقرارِهِ.

وقوله: (بمجرد نكاحٍ) قيدٌ زائدٌ لفائدة تنقيح الخلافِ يريد به أنه إذا لم يكن المقصودُ هو المال، فأمَّا إذا كان المقصودُ هو المالُ كما إذا ادَّعت

الإنصاف» ص٦٩٨-٧٠٠، و«فتح القدير» ٨/ ١٨١-١٨٢، و«اللباب» ٤/ ٣١.

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٦٥-٣٦٦، و«وسائل الأسلاف» ص٥٥٧-٥٥٩، و«إيثار الإنصاف» ص٦٩٨-٧٠٠، و«فتح القدير» ٨/ ١٨١-١٨٢، و«اللباب» ٤/ ٣١.

(٢) من (ب)، (ج).

(٣) في (ب)، (ج): (مجهول).

(٤) في (ج): (عبده).

(٥) في (ج): (مجهول).

(٦) من (ب).

ٱمرأةٌ علىٰ رجلٍ أنه تزوجها بألفٍ وطَلَّقها قبلَ الدخولِ بها، ولها عليه نصف المهرِ. فإنه يستحلف بالإجماع فإذا نكلَ يقضي عليه بنصفِ المهرِ.

لهما[١]: أن هٰذِه الأشياءَ شاركت غيرها في علةِ الاستحلاف فشاركها فيه؛ لأنَّ الاستحلافَ إنما شرع قاطعًا للخصومةِ، إمَّا بتقديرِ الإقدامِ عليه فيكفُّ المدعي عن دعواه، وإمَّا بتقدير نكولِه فيتمكن المدعي من الأخذِ، لكون النكولِ إقرارَ معنىٰ؛ لأنَّ هٰذِه اليمين حرامٌ[٢] وإلَّا لأتي بها ٱمتثالًا لأمرِ القاضي[٣] المطاعِ، وامتناعُ العاقلِ الدين عن الإتيانِ بالواجبِ دليلُ حرمةِ اليمين؛ لكونها كاذبةً، فيكون ذلك إقرارًا منه بالمدعىٰ دلالة، لٰكن في هٰذا الإقرار شبهة باعتبار كونه ثابتًا دلالةً لا صريحًا، فلا يشرع فيما يندرئ بالشبهاتِ كالحدودِ واللعانِ؛ لأنَّ اللعانَ في معناها، ويشرع فيما يثبت مع الشبهات كسائر الحقوق.

وله[٤]: أن الاستحلافَ فيها لا يفيد فائدته، فلا يشرع؛ لأنَّه شرعَ لقطع الخصومةِ ولا ينقطع بالنكولِ؛ لعدم تمكنه من الأخذِ؛ وهٰذا لأنَّ الامتناع عن اليمين [كما] يجوز أن يكونَ بحرمتها، وكونه كاذبًا في الإنكارِ يجوز أن يكونَ صيانةً للعرضِ عن نسبةِ التجاسرِ على اليمين الكاذبةِ ترفُّعًا وتنزهًا عن اليمين الصادقةِ؛ ولاشتباه الحالِ عليه، فكأنه يقول: لا آتي باليمين وإن كنتُ صادقًا، ولا أمتنعُ عن ما يدَّعيه بل أبذلُه له فتمكنت فيه شبهةُ البذلِ والبذلُ لا يجري في هٰذه الأشياء فلا يجري الاستحلافُ؛ لأنَّ فائدتَه

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٧٧، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٠٩-٢١٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٣٤.

(٢) من (ب)، (ج).

(٣) في (ب): (القاطع).

(٤) «الهداية» ٣/ ١٧٧، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٠٩-٢١٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٣٤.

القضاءُ بالنكولِ ولم ينتصب النكولُ حجةً /١٤٥ب/ وجعلُه باذلًا أوْلىٰ من جعله مقرًّا صيانةً له عن نسبة الكذبِ إليه في إنكاره.

وقد ذكر القاضي الإمامُ قاضي خان رَحِمَهُ اللَّهُ في «شرح الجامع الصغير»[1] أنَّ المنكرَ يستحلف في الأشياءِ الستة عندهما، فإذا نكل يحبس حتىٰ يقرأو يحلف، والفتوىٰ علىٰ هٰذا، ولذلك زاد في الكتاب: (وقيل: يفتىٰ بقولهما[2]) ولمَّا كان هٰذا البذلُ لرفع الخصومةِ ملكه والمكاتبُ والمأذونُ له في التجارة؛ لما فيه من رفعِ الخصومةِ عنهما بمنزلةِ الضيافةِ اليسيرةِ، والإعارة وصحة البدلِ في الدين بناءً علىٰ زعم المدعي أن الناكلَ ليس بباذلٍ وإنما يوفي حقًّا عليه، وإن زعم المدعىٰ عليه (كونه باذلًا)[3] لٰكن أمر المالِ هين، ويجري فيه البذلُ الذي هو ترك المنعِ بخلاف الأشياءِ الستة؛ لامتناعِ جريان البذلِ فيها.

قال: (ويحلف في دعوى القصاصِ في النَّفسِ والطرفِ، فإن نكلَ فالقصاصُ في الطرفِ والحبسُ في النفسِ حتىٰ يقرَّأ أو يحلف، وقالا: المال فيهما).

رجلٌ ٱدَّعىٰ علىٰ آخر قصاصًا في نفسْ أو طرفٍ ٱستحلف بالإجماع[4]، فإن حلف ٱنقطعتِ الخصومةُ، وإن نكلَ.

---

(١) «الجامع الصغير» ص٣٨٨-٣٨٩.

(٢) «الهداية» ٣/ ١٧٦-١٧٧، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٠٩-٢١٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٣٤.

(٣) من (ج).

(٤) «الاختيار» ٢/ ٣٨٢، و«المبسوط» ١٦/ ١١٥-١١٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٢١٠، و«اللباب» ٤/ ٣٧.

قال أبو حنيفة[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الحكمُ هو القصاصُ في الطرفِ، والحبسُ حتىٰ يقرَّ، أو يحلف في النَّفسِ.

وقالا[١]: لا يقضىٰ بالقصاصِ بل يقضىٰ بالمالِ فيهما. لهما أنَّ النكولَ إقرارُ دلالةٍ علىٰ ما مرّ إلَّا أنه تمكنت فيه شبهةٌ يمتنع القصاصُ بالشبهةِ في الطرفِ، كما يمتنع في النفسِ فيقضي بالمال لتعذُّرِ ٱستيفاءِ القصاصِ من جانبِ من عليه، كما لو ٱدَّعىٰ عليه العمدَ فأقرَّ بالخطأ، وله أنَّ النكولَ إن كان بذلًا علىٰ ما مرَّ، فلا يجري في النفسِ وإن كان إقرارًا بالقصاصِ يمتنع بالشبهةِ، ولا يمكن إيجابُ ديَّةِ النفسِ بالنكولِ؛ لأنها بذلٌ عن النفسِ فيتحد الحكمُ فيهما فيجب الحبسُ حتىٰ يقرَّ أو يحلف، وأمَّا الطرفُ فهو ما يحقُّ بالأموالِ من جهة أنَّ الأطرافَ مخلوقةٌ لمنفعة الآدمي كالأموال، والبذلُ يجري في الأموال، فيجري فيما ألحقَ بها، والأموالُ لا تمتنع بالشبهةِ، فكذا ما ألحق بها؛ ولهٰذا لو قال: ٱقطع يدي، فقطعها لم يجب عليه الضمان، إلّا أنه غيرُ مباحٍ لخلوّهِ عن الفائدةِ، وهٰذا البذل هٰهنا مفيدٌ لرفع الخصومةِ فصار كقطع اليدِ للأكلةِ، وقلع السن للألمِ، وإذا ٱمتنع القصاصُ في النفسِ، واليمينُ مستحقةٌ وجب الحبسُ كما في القسامةِ.

قال: (ولو ظفرَ بجنس حقِّه أخذه أو بخلافه يمنعه الغريمُ).

إذا ظفر من مالِ غريمه بجنس مالِه فله أخذه، وإن ظفرَ من مالِه بخلاف جنسِه لم يجز له أخذُه[٢].

---

(١) «الاختيار» ٢/ ٣٨٢، و«المبسوط» ١٦/ ١١٥-١١٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٢١٠، و«اللباب» ٤/ ٣٧.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٥٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٢٥.

وللشافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ قولان[١]: أحدهما: يأخذ ويرفع إلى القاضي حتىٰ يبيعَه في حقِّه بعد إقامةِ البينةِ على ٱستحقاقِ المالِ، وقيل: إنه يستقلُّ بالنفع بغير جنسِ حقِّه، وقيل: بل يتملكُ من العينِ بمقدار حقّه. وجه القولِ الأوَّلِ بالجوازِ: أنَّ ما ظفرَ به وإن لم يكن من جنسِ حقِّه لكن ماليته القائمةَ به من جنسِ حقِّه، فكان له أخذه؛ لأنه بسبيل من أخذُ ما هو جنسُ حقِّه إجماعًا[٢] ولا وصول له إلى المالية إلَّا بأخذِهِ، فجاز له أخذَه تمكينًا من الوصول إلىٰ ماليتهِ.

ولنا[٢]: أنَّه غيرُ حقِّه، فهو وإن كان له[٣] بسبيل من حقه لكنه ممنوع من أخذ حقِّه، والدليلُ علىٰ أنه غيرُ حقِّه أنه لو دفعه إليه المطلوب لم ينزل قابضا إلَّا أن يرضىٰ به، ولو كان حقه لنزل قابضًا له بالتخلية كما لو أحضر ما هو جنس حقِّه فإنه ينزل قابضًا بالتخلية؛ لأنه عين حقه حكمًا؛ وهٰذا لأنَّ قبضَ الطالبِ غير جنسِ حقّه ٱقتضاءً عن حقّه لا يكون إلَّا بطريق المقاصة، وإنها في معنى البيعِ فلابدَّ فيه من التراضي[٢].

---

(١) «الوجيز» ٢/ ٢٦٠، و«التنبيه» ص٢٦٥، و«المهذب» ٢/ ٣١٨-٣١٩، و«حلية العلماء» ٨/ ٢١٤-٢١٧.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٥٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٢٥.

(٣) من (ج).

فصل:
في كيفية اليمين والاستحلاف

قال: (ويحلفُ باللهِ ويؤكد بأوصافِهِ لا بالطلاقِ والعتاقِ).

أمَّا اليمينُ بالله تعالىٰ دون غيره، فلِمَا مرَّ في كتاب الأيمان وقال عليه السلام: « **من حلف بغير الله فقد أشرك** »[١]، وإنما يؤكدُ بذكر أوصافه تغليظًا في اليمينِ كقوله: قل: والله الذي لا إلٰه إلَّا هو، الرحمن الرحيم عالم الغيب والشهادة الذي يعلم من السرّ ما يعلم من العلانية ما لفلان هٰذا عليك ولا قِبَلك هٰذا المال الذي[٢] يدعيه، وهو كذا وكذا ولا شيءَ منه، وللقاضي أن يزيدَ في التغليظ وينقص منه[٢] علىٰ حسب ما يقتضيه الحالُ ويحتاط كيلا يتكررَ اليمينُ بإدخال حرف العطف، كقوله: واللهِ والرحمنِ والرحيمِ. فإنها حينئذٍ أيمان ثلاثة[٣].

وقيل: لا تغلظُ اليمينُ على المعروف بالدّينِ والصلاح، ويغلظ علىٰ غيرِهِ.

وقيل: تغلظُ في الخطير من المال دون الحقير وإنما لا يستحلف بالطلاقِ والعتاق؛ لأنَّ اليمينَ بهما يمينٌ بغير الله تعالىٰ.

---

(١) رواه أبو داود (٣٢٥١)، وأحمد ١/ ٤٧، وابن حبان ١٠/ ١٩٩-٢٠٠ (٤٣٥٨) من حديث ابن عمر.
قال الشيخ أحمد شاكر في تعليقه علىٰ «المسند» (٣٢٩): إسناده صحيح.
وصححه الألباني في «الصحيحة» (٢٠٤٢).

(٢) من (ب)، (ج).

(٣) «المبسوط» ١٦/ ١١٨-١١٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٦١، و«الهداية» ٣/ ١٧٨، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٢-٣٨٣.

وقيل في زماننا: إذا ألحَّ الخصمُ ساغ للقاضي التحليفُ بهما؛ لقلة المبالاة باليمين باللهِ.

قال: (ولا يغلظ بزمانٍ ولا مكان).

لأنَّ الغرضَ من اليمينِ تعظيمُ المقسمِ به، وذلك حاصلٌ بدون ذلك، وفي إيجاب ذلك حرجٌ على القاضي بإيجاب حضوره تلك الأمكنةَ أو الأزمنةَ والحرجُ مرفوعٌ[1].

قال: (واليهوديُّ بالله الذي أنزل التوارة /١٤٦أ/ علىٰ موسىٰ، والنصرانيُّ بالله الذي أنزل الإنجيلَ علىٰ عيسىٰ، والمجوسيُّ بالله الذي خلق النارَ).

روي أن رسول الله ﷺ قال لابن صُوريا الأعور[2]: «**أُنشدُكَ بالله الذي أنزل التوراةَ علىٰ موسىٰ أنَّ حكم الزنا في كتابكم هٰذا**»[3].

فهٰذا نصٌّ عليه يعمل عليه، ولأن اليهوديَّ يعتقد نبوةَ موسىٰ عليه السلام (والنصراني بنبوةِ عيسىٰ عليه السلام)[4] فتغلظ علىٰ كلٍّ واحدٍ منهما بذكر

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ١٦١، و«الهداية» ٣/ ١٧٨، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٣، و«اللباب» ٤/ ٤٠.

(٢) هو عبد الله بن صوريا، ويقال: ابن صور، الإسرائيلي، كان من أحبار اليهود، ويقال إنه أسلم، لكنه ٱرتد بعد ذلك. ٱنظر «الإصابة» ٢/ ٣٢٦.

(٣) رواه أبو داود (٣٦٢٦) عن عكرمة مرسلًا.
وأصله رواه البخاري (٣٦٣٦) كتاب: المناقب، باب: قول الله تعالىٰ: ﴿يَعْرِفُونَهُۥ كَمَا يَعْرِفُونَ أَبْنَآءَهُمْ﴾، ومسلم (١٦٩٩) كتاب: الحدود، باب: رجم اليهود أهل الذمة في الزنا. من حديث ابن عمر.
ورواه مسلم (١٧٠٠) من حديث البراء بن عازب.

(٤) من (ب)، (ج).

ما أُنزل علىٰ نبيه، وذكر محمدٌ[(١)] رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأصل»: أن المجوسيَّ يحلف بالله الذي خلق النارَ وروي عن أبي حنيفة[(٢)] رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه لا يحلفُ أحدٌ إلَّا بالله خالصًا. وذكر الخصاف[(٣)] رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه لا يستحلفُ غيرُ اليهوديّ والنصرانيِّ إلَّا بالله، وهو ٱختيارُ بعضِ المشايخ، وقد لاحظ في ذلك لطيفة وهي أن في ذكر النارِ مع ٱسم الله تعالىٰ تعظيمًا لها، ولا ينبغي ذلك بخلاف الكتابي[(٤)]، لأنه كتب الله (تعالىٰ معظمة)[(٥)]، والوثني يستحلف باللهِ؛ لأنَّ الكفارَ مقرُّون باللهِ تعالىٰ ﴿ وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ ٱللَّهُ ﴾ [الزخرف: ٨٧].

قال: (ولا يحلفون في متعبداتهم).

لأنَّ القاضي ممنوعٌ عن حضورِها[(٦)].

قال: (وإذا جحد أنه باعه هٰذا العبد بألفٍ ٱستحلف ما بينكما بيعٌ قائمٌ فيه، وفي الغصبِ ما يستحق عليك رده. وفي النكاحِ ما بينكما نكاحٌ قائمٌ في الحالِ. وفي الطلاقِ ما هي بائن منك الساعة بما قالت لا بنفيها).

معنىٰ قوله: لا بنفيها أي: لا يحلف في البيعِ باللهِ ما بعت، ولا في

---

(١) «المبسوط» ١٦/ ١١٩-١٢٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٦٢، و«الهداية» ٣/ ١٧٨-١٧٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٢١٢-٢١٣.

(٢) «المبسوط» ١٦/ ١١٩-١٢٠، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٦٢، و«الهداية» ٣/ ١٧٨-١٧٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٢١٢-٢١٣، و«اللباب» ٤/ ٤٠-٤١.

(٣) «الهداية» ٣/ ١٧٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٢١٤.

(٤) في (ب)، (ج): (الكتابيْن).

(٥) من (ب)، (ج).

(٦) «الهداية» ٣/ ١٧٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٢١٤.

الغصبِ باللهِ ما غصبت، ولا في الطلاقِ باللهِ ما طلقت؛ وهٰذا لأنَّ البيعَ قد يقال ويفسخ، والغصب قد يفسخ بالهبةِ أو البيعِ، أو النكاح قد يطرأ عليه الخلع والطلاق قد يجدد بعد الإبانةِ، فاليمينُ على الحاصلِ في هٰذِه الوجوه؛ لأنه لو حلف على السببِ يتضرر المدعىٰ عليه. وهٰذا قول أبي حنيفة[1] ومحمد[1] رحمهما الله.

أمَّا علىٰ قولِ أبي يوسف، رَحِمَهُ اللهُ فإنه يحلف على السبب إلَّا إذا عرضَ شيء مما ذكرناه فيحلف حينئذٍ على الحاصلِ، وقيل: يلحظ إنكار المدعىٰ عليه، فإن أنكرَ السببَ حلفَ عليه، وإن أنكرَ الحكمَ حلفَ على الحاصل، فعندهما[1] اليمينُ على الحاصلِ هو الأصل إذا كان السبب مما يرتفع كما بيَّناه، إلَّا إذا كان في التحليفِ على الحاصلِ تركُ النظر في حقّ المدعي فيحلف على السببِ حينئذٍ؛ كما إذا ٱدعت المبتوتةُ النفقةَ علىٰ زوجها، والزوج ممن لا يعتقد وجوبَها، فإذا حلف على الحاصلِ، فقال: والله لا تستحقُ عليّ نفقةً يكون صادقًا في نفسه واعتقادِه، وتتضرر المرأة فيحلف على السبب فيقول: والله ما أبنتها.

وكذلك إذا ٱدعى الشفعةَ بالجوارِ والمشتري ممن لا يعتقدها به يحلف على السببِ نظرًا في حقِّ المدعي هٰذا إذا كان السبب[2] مما يرتفع فإن كان مما لا يرتفع برافع بخلاف العبدِ الكافرِ والأمةِ الكافرةِ فإن الرقَّ يتكررُ عليها بالردةِ واللحاقِ، ويتكرر عليه بنقض العهدِ واللحاقِ، ولا يتكرر على المسلمِ فافترقا[1].

---

(1) «مختصر الطحاوي» ص٣٦٤-٣٦٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٠٠-٢٠١، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٤-٣٨٥، و«اللباب» ٤/ ٤١-٤٢.

(٢) من (ب).

قال: (ويحلف الوارثُ على العلمِ والمشتري على الثباتِ).

هاتان مسألتان من الزوائدِ:

الأولىٰ: رجلٌ ورث عبدًا فادعاه آخر أنه له حلف باللهِ ما يعلم ٱستحقاقه له؛ لأنه لا علمَ له بما صنع مورثُه، ولا يحلف على الثباتِ؛ لأنه لا يتحقق عدمُ الٱستحقاقِ[1].

الثانية: إذا ٱشترىٰ عبدًا أو وهبَ له فادعاه آخر يحلف على الثباتِ لوجود المطلقِ لليمينِ، فإنَّ الشراءَ سببٌ لثبوتِ الملكِ وضعًا، فإذا ٱمتنعَ عن اليمينِ صار باذلًا، وكذلك حكم الهبةِ[2].

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ٤٠-٤٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٠٥، و«الهداية» ٣/ ١٧٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٢١٧.

(٢) «فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٠٥، و«الهداية» ٣/ ١٧٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٢١٧، و«اللباب» ٤/ ٣٠.

فصل: في التحالف

قال: (وإذا ٱدعى البائعُ ثمنًا أكثر أو المشتري مبيعًا أكثر قضىٰ لمن أقامَ البينةَ).

إذا ٱختلف المتبايعان في البيعِ، فادعىٰ أحدهما ثمنًا وادعى البائع أكثَر منه أو ٱعترف بقدر من المبيعِ، فادعى المشتري أكثرَ منه فأقام أحدُهما البينةَ علىٰ دعواه حكم بها؛ لأن إحدى الدعوتين تنورت بالحجةِ، وفي الأخرىٰ تجردها[١].

قال: (فإن برهنا قدم أثبتهما للزيادة).

لأنَّ البينتين تعارضتا في الإثباتِ وخلا المثبتُ للزيادة عن معارضٍ، وإذا كان الاختلافُ في الثمنِ والمبيع جميعًا، فبيِّنةُ البائع أولىٰ في الثمنِ، وبيّنةُ المشتري أحرىٰ في المبيعِ نظرًا إلىٰ إثباتِ الزيادةِ[١].

قال: (وإلَّا دعيا إلى التراضي).

أي: وإن لم يكن لكلِّ واحدٍ منهما بيِّنةٌ قيل للمشتري: إمَّا أن ترضي بالثمنِ الذي يدَّعيه البائعُ عليك وإلَّا فسخنا البيعَ، ويقال للبائع: إما أن تسلم ما ٱدعاه المشتري عليك من المبيع وإلا فسخنا البيعَ؛ لأنَّ الدعاء إلى الرضا جهةٌ في قطع الخصومةِ، والمقصود قطعُها فقد لا يرضيان بالفسخِ، فإذا تحققاه تراضيا[١].

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٨٠، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٩، و«درر الحكام» ٢/ ٣٣٩-٣٤٠، و«اللباب» ٤/ ٤٤-٤٥.

قال: (فإن ٱمتنعا ٱستحلفا وفسخ البيع وبُدئ بالمشتري في الصحيح).

وإذا طلبهما القاضي إلى التراضي فأبيا /١٤٦ب/ ٱستحلفَ كلَّ واحدٍ منهما علىٰ دعوى الآخر، وهٰذا التحالفُ قبل القبضِ جارٍ علىٰ مقتضى القياس، وبعد القبضِ جارٍ علىٰ خلافِ القياس ثابتٌ بالسُّنة.

أمَّا الأول: فلأن البائعَ مدَّعٍ لزيادة الثمنِ والمشتري منكرٌ، وكذلك المشتري مدعٍ؛ لوجوب تسليم المبيعِ بما يعد من الثمنِ والبائعُ منكرٌ فكل منهما منكر ما يدَّعيه الآخرَ فيحلف.

وأمَّا الثاني: أعني بعد القبضِ فمخالف للقياس؛ لأن المشتري لا يدعي شيئًا؛ لأن المبيعَ سالمٌ له فبقيت دعوى البائعِ في زيادة الثمن حسب، والمشتري منكرٌ، فالقياس يقتضي الاقتصارَ علىٰ تحليفه، إلَّا أنا عدلنا عن القياسِ؛ بقوله ﷺ: « **إذا ٱختلفَ المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادَّا** »[١] ويبدأ القاضي بتحليف المشتري عند أبي حنيفة[٢] رحمه الله في روايةٍ وهو قول محمدٍ[٢] رحمه الله، وقول أبي يوسف[٢] رحمه الله الآخر هو الصحيح، والتنصيصُ على الصحيحِ من الزوائد. وهٰذا لأنَّ المشتري أشدُّ الرجلين إنكارًا حيث يطالب بالثمن أولًا؛ ولأنه هو الذي يتعجل فائدةَ النكولِ بإلزام الثمنِ، ولو بدئ بيمين البائعِ تتأخر المطالبة بتسليم المبيعِ إلىٰ حين ٱستيفاءِ الثمنِ.

---

(١) ينظر الحديث الآتي.

(٢) «فتح القدير» ٨/ ٢٠٨-٢٠٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٠، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٥٩-٥٦٠، و«اللباب» ٤/ ٤٥-٤٦.

ووجه قول أبي يوسف[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ الأول قوله عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «**إذا ٱختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع**»[2] ولا يقصر[3] هٰذا التخصيصُ عن إفادةِ التقديم، هٰذا إذا كان الٱختلافُ بينهما في السلعةِ والثمنِ، فإن ٱختلفا في بيع عين بعينٍ أو ثمنٍ بثمنٍ بدأ القاضي باستحلاف من شاءَ منهما؛ لتساويهما في الإنكار، ولو ٱختلفا في المبيع يبدأ بثمن البائع؛ لأنه أشدُّهما إنكارًا، ولو ٱختلفا في الثمنِ والمبيعِ جميعًا يبدأ به (...)[4] ٱستويا في الإنكارِ فيترجح بالبداءة (...)[5] وصفةُ يمين المشتري: واللهِ ما ٱشتراهُ بألفين، ويمين البائع: والله ما باعهُ بألفٍ. وذكر في الزيادات أنه يضم النفي إلى الإثبات، فيقول المشتري: واللهِ ما ٱشتراهُ بألفين، ولقد ٱشتراه بألفٍ. والبائعُ: واللهِ ما باعَهُ بألفٍ ولقد باعَهُ بألفين. والغرضُ من ذلك التأكيدُ، إلَّا أن الأصحَّ هو الأول؛ لأنَّ الأيمانَ وضعت على النفي؛ لأنها على الإنكارِ بدليلِ حديث القسامةِ بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلًا، فإذا حلفا فسخ القاضي البيعَ بينهما، وفي هٰذا دليلٌ علىٰ أنه لا ينفسخ

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٨٠-١٨١، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٩-٣٩٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤٠، و«اللباب» ٤/ ٤٥-٤٦.

(٢) رواه الترمذي (١٢٧٠)، وأحمد ١/ ٤٦٦ من طريق ابن عجلان، عن عون بن عبد الله، عن ابن مسعود، مرفوعًا. قال الترمذي: حديث مرسل؛ عون بن عبد الله لم يدرك ابن مسعود. ولهٰذا ضعف إسناده الشيخ أحمد شاكر في تعليقه علىٰ «المسند» (٤٤٤٤). ورواه ابن ماجة (٢١٨٦)، والدارقطني ٣/ ٢١ من طريق هشيم عن ابن أبي ليلىٰ، عن القاسم بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن عبد الله بن مسعود وللحديث طرق أخرىٰ ذكرها الألباني في «الإرواء» (١٣٢٢) وصححه، دون لفظ: (تحالفا).

(٣) في (ب): (يقتضي).

(٤) غير واضح بالأصل وساقط من (ب)، (ج).

(٥) بياض في الأصل، وساقط من (ب)، (ج). يفهم من السياق أنه المشتري.

لمجردِ التحالف لأنه لم يثبت دعوىٰ كلٍّ منهما، فيكون بيعَ مجهولٍ فيفسخه القاضي دفعًا للمنازعةِ، أو لما لم يثبت البذلُ كان بيعًا بغير بذلٍ وهو فاسدٌ، ولابدَّ من الفسخ في البيع الفاسدِ. وإن نكلَ أحدُهما لَزمه دعوى الآخرِ ليكون باذلًا بالنكول[١].

قال: (وإذا ٱختلفا في الأجل أو شرطِ الخيارِ أو ٱستيفاء بعضِ الثمنِ كان القول للمنكر).

إذا ٱدَّعىٰ أحدهما أجلًا وأنكره الآخرُ، أو ٱدّعىٰ أحدهما شرط الخيارِ وأنكره الآخر أو أنه ٱستوفىٰ بعضَ الثمنِ فأنكر ذلك فلا تحالف بينهما؛ لأنَّ الٱختلافَ في هٰذِه الأشياءِ ٱختلافٌ في غير المعقودِ عليه والمعقودِ به، فينزل منزلةَ الٱختلافِ في الحطِّ والإبراءِ، وهٰذا لان تقدم الأجلِ وشرط الخيار وقبضَ الثمن لا يحيل البيعَ لنقاء ما به قيام[٢] العقدِ، وهو الركن بخلاف الٱختلافِ في وصفِ الثمنِ وجنسِه، حيث يكونُ بمنزلةِ الٱختلافِ في القدرِ في جريان التحالفِ لرجوع ذلك الٱختلافِ إلىٰ نفس الثمنِ؛ لأن الثمنَ دينٌ وهو مما يعرف بالوصفِ ولا كذلك الأجل؛ لأنَّه ليس بوصفٍ، ألا ترىٰ أن الثمن موجودٌ بعد مضي الأجلِ، وإذا لم يجر بينهما التحالفُ، فالقول قول المنكر مع يمينه؛ لأن الأجل والشرط إنما يثبت بعارضَ الشرطِ، والقولُ (لمنكر)[٣] العوارض[٤].

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٨٠-١٨١، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٩-٣٩٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤٠، و«اللباب» ٤/ ٤٥-٤٦،

(٢) في (ب)، (ج): (قوام).

(٣) في (ج): (قول منكر).

(٤) «الهداية» ٣/ ١٨١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٠، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦٠، و«اللباب» ٤/ ٤٦.

قال: (أو في الثمنِ بعد هلاكِ المبيعِ أمر بالتحالفِ والفسخِ علىٰ قيمتهِ، وجعلا القولَ للمشتري).

قال أبو حنيفة[١] وأبو يوسف[١] رحمهما الله: إذا ٱختلفَ المتبايعانِ في مقدارِ الثمنِ بعد هلاكِ المبيعِ لا يتحالفان، ويكون القولُ قولَ المشتري مع يمينه.

وقال محمد[١] رَحَمَهُ اللَّهُ: يتحالفان ويفسخ البيعُ علىٰ قيمةِ الهالكِ؛ لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «**إذا ٱختلف المتبايعان تحالفا وترادَّا**»[٢] ولأن كلًّا منهما ينكرُ ما يدعيه الآخرُ فيتوجه اليمين عليه، فإذا تحالفا تعارضا وتعذر إمضاءُ البيعِ، فوجب ردُّ كلٍّ منهما علىٰ ما هو حقه كان قائمًا وإلىٰ بذلهِ إن كان فائتًا، ولهما أنَّ التحالفَ بعدَ القبضِ علىٰ خلاف القياسِ لسلامةِ المبيعِ، ولا يطالب البائع بشيء ينكره وأما البائعُ فإنه يطالبُ المشتري بزيادةِ الثمنِ والمشتري ينكره، فيكون القولُ قولَه مع اليمينِ، وإنما يثبتُ التحالفُ فيه نصًّا بشرطِ بقاءِ المبيعِ وهو قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «**إذا ٱختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادَّا**» والتحالفُ حالَ قيامِ السلعةِ يفسدُ الفسخَ، ولا كذلك بعد الهلاكِ لارتفاع العقدِ بهلاكِ المبيعِ، قوله: كل منهما ينكر دعوى الآخر، قلنا: لا ٱعتبارَ بالدعوىٰ إذا لم يكن معها المطالبة بشيء في الحالِ، والمشتري لا يطالبُ البائعَ بشيء في الحالِ لسلامةِ المبيعِ في يده، بخلاف ما قبل القبضِ لما مرَّ بيانُه[٣].

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٨١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٠، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦٠، و«اللباب» ٤/ ٤٦.

(٢) ينظر الحديث السابق.

(٣) «الاختيار» ٢/ ٣٩٠-٣٩١، و«فتح القدير» ٨/ ٢١٣، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٠،

قال: (أو بعد هلاكِ بعضه فالتحالفُ ممتنعٌ، إلَّا أن يرضى البائعُ بترك حصةِ الهالكِ، والقول للمشتري ويأمر بالتحالفِ في القائم والفسخِ فيه /١٤٧أ/ ويجعل القول للمشتري في قيمةِ الهالكِ، وأمر به فيهما).

إذا ٱختلفَ المتبايعان في الثمنِ بعد هلاكِ بعضِ المبيعِ، كعبدينِ ماتَ أحدُهما عندَ المشتري فقال البائعُ: الثمنُ ألف وخمسمائة. وقال المشتري: بل ألف.

لا يتحالفان عند أبي حنيفة[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ، إلَّا أن يرضى البائعُ أن يترك حصةَ الهالكِ، والقول قول المشتري مع يمينهِ؛ لأنه هو المنكرُ علىٰ ما مرَّ.

وقال أبو يوسف[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يتحالفانِ في الحي، أي: يحلفُ المشتري باللهِ ما ٱشتراهما بألف وخمسمائة، ويحلفُ البائعُ بالله ما باعهما بألفٍ، وإذا حلفا فسخ البيعُ في الحي ويرده وحده.

وقال محمد[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يتحالفانِ ويفسخ البيعُ بينهما، فيرد الحي وقيمة الهالك وهٰذا الٱختلافُ بناءً علىٰ ما قدمناه في المسألةِ السابقةِ، وهو أنَّ قيامَ المعقودِ عليه شرطُ جريانِ التحالفِ بعد القبض عند أبي حنيفة[1] وأبي يوسف[1]، وعند محمد[1] ليس بشرطٍ، وعند أبي يوسف يتحالفانِ ويترادان في القائمِ. والقول قول المنكرِ مع يمينهِ في قيمةِ الهالكِ؛ لأنَّ ٱمتناعَ جريانِ التحالفِ باعتبار الهلاكِ فيتقدر بقدرِ الهالكِ، وإنما يحلفُ المشتري عليهما جميعًا؛ لأنه لو حلفَ على القائمِ وحده فقال: واللهِ

و«اللباب» ٤/ ٤٧.

(١) «الهداية» ٣/ ١٨١-١٨٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٩١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٢-٢٢٣، و«اللباب» ٤/ ٤٧-٤٨.

ما ٱشتريته بمائة مثلًا لم يكن كاذبًا؛ لأنه ما ٱشتراه بمائةٍ بل ٱشتراهما بألف أو بألفٍ وخمسمائة، فصار القائمُ مشترىٰ ببعض الثمنِ في ضمن شرائه إيَّاهما؛ لأنه لو ٱشترى القائم وحده بشيء معينٍ، فإذا حلفا فسخُ البيعُ فيه فيرده على البائعِ ويدفع من الهالك ما ٱعترف أنه حصة الهالكِ من الثمنِ المسمىٰ.

وأبو حنيفة[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ يقول: إنَّ التحالفَ علىٰ خلافِ القياسِ حالَ قيامِ المبيع وهو ٱسم لجميعِ أجزائه فلا يبقى المبيعُ بعد هلاكِ بعضِه؛ ولأنَّ التحالفَ في القائمِ على ٱعتبار حصة[2] من الثمنِ تستلزم القيمةَ على القيمة وهي مظنونة لاستنادِها إلى الخرر[3]، فيؤدي إلى التحالفِ مع الجهلِ وأنه غير جائز، إلَّا أن يرضى البائعُ بترك حصةِ الهالكِ؛ لأنه حينئذٍ يكون الثمن كله بمقابلةِ القائمِ، ويخرج الهالكُ عنِ العقدِ فيتحالفان.

قال: (ولو ٱشترىٰ عبدًا فباع[4] نصفه، ثم ٱختلفا فالقولُ للمشتري ويأمرُ بالتحالفِ والفسخِ في النصفِ إن رضي البائعُ، وأمر به في النصفين فيرد القائم وقيمة المبيع إن رضي وإلَّا فقيمتهما).

رجل ٱشترىٰ عبدًا وقبضه، ثم باع نصفَه من آخر ثم ٱختلف الأولانِ

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٨١-١٨٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٩١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٢-٢٢٣، و«اللباب» ٤/ ٤٧-٤٨.

(٢) في (ج): (حصته).

(٣) الخرر: التقدير والخرص. «الصحاح» ص ٢٢٩ مادة خرر.

(٤) في (أ): (فباعه).

في الثمن لا يتحالفان عند أبي حنيفة(١) رحمه الله بل القولُ قولُ المشتري مع يمينهِ.

وعند أبي يوسف(١) رحمه الله يتحالفان ويفسخُ البيعُ في النصفِ الباقي علىٰ ملكه إن رضي البائعُ به؛ لأنه تعيب بعيب الشركةِ، فلا يمكن رده عليه إلَّا أن يرضىٰ به، فإذا رضي تحالفا ورد المشتري عليه هٰذا الصفَ ونصف ما يعترفُ بهِ من الثمن، وإن أبى البائعُ ذلك لا يتحالفان، ويكون القولُ قولَ المشتري.

وعند محمد(٢) رحمه الله يتحالفان إن رضي البائعُ يعود النصف(٣) إليه فيفسخ البيعُ، ويرد المشتري إليه النصفَ القائمَ من العبدِ وقيمة النصف المبيعِ، وإن لم يرض يتحالفان ويفسخُ البيعُ في العبدِ كلِّه فيرد المشتري قيمةَ النصفين، وهٰذِه مبنيةٌ علىٰ ما سبقها.

قال: (أو في الإجارةِ قبل ٱستيفاءِ المعقودِ عليه تحالفا وترادَّا).

يعني: وقع الٱختلافُ في البدلِ أو في المبدلِ، وهٰذا لما بين البيعِ والإجاةِ من الشبهِ، والتحالف في البيعِ قبل القبضِ جار علىٰ وفاقِ القياس، والإجارةُ نظيرُ البيعِ قبل قبضِ المبيعِ والكلام في الإجارة قبل ٱستيفاءِ المعقودِ عليه.

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٨١-١٨٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٩١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٢-٢٢٣، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦١.

(٢) «الهداية» ٣/ ١٨٢-١٨٣، و«الاختيار» ٢/ ٣٩١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٢-٢٢٣، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦١.

(٣) في (ب): (التصرف).

ويبدأ بيمينِ المستأجرِ إذا وقع الاختلاف في الأجرة؛ لأنه هو المنكرُ لوجوبِها، وإن وقعَ في المنفعةِ بدأ بيمينِ الآجرِ وأيُهما فكل عن اليمين لزم دعوى الآخر وأيهما أقام البيِّنة قبلت بينته.

ولو أقاماها كانت بينةْ المؤجرِ أولىٰ بالقبولِ إن كان الاختلافُ في الأجرة، وبينةُ المستأجرِ أولىٰ إن كان الاختلافُ في المنافعِ، وإن كان الاختلاف فيهما قبلت[1] بينة كل واحد منهما فيما يدَّعيه من الفضلِ نحو أن يدعي هٰذا شهرًا بعشرةِ دراهم والمستأجر شهرين بخمسةٍ، فيقضي بشهرين بعشرة فيعمل ببينةِ أحدهما في الزمانِ وبينة الآخر في مقدارِ الأجرةِ[2].

قال: (أو بعده كان القولُ للمستأجر).

إذا اختلفا في الإجارةِ بعد استيفاءِ المعقودِ عليه لم يتحالفا، والقولُ قولُ المستأجرِ. أمَّا علىٰ أصلِ أبي حنيفة[2] وأبي يوسف[2] رحمهما الله فظاهر؛ لأن هلاكَ المعقودِ عليه مانعٌ من التحالفِ. وأمَّا علىٰ أصلِ محمد[2] رَحِمَهُ اللهُ فلأن (الهالك)[3] إنما لا يمنع التحالفَ في البيعِ؛ لما أن للمبيع قيمة تقوم مقامه فيتحالفان على القيمةِ، ولو جرى التحالفُ في الإجارةِ وفسخ العقدُ لم تبق قيمة؛ لأنَّ المنافعَ لا تتقوم بنفسها بل تقومها بالعقدِ[2]، وبالفسخِ ظهرَّ أنّه لا عقد، وإذا امتنعَ التحالفُ على الأصلينِ كان القولُ قولَ المستأجرِ مع اليمينِ؛ لأنه هو المستحقُّ عليه،

---

(١) من (ب)، (ج).

(٢) «الهداية» ٣/ ١٨٤-١٨٥، و«الاختيار» ٢/ ٣٩١-٣٩٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦١-٥٦٣، و«اللباب» ٤/ ٤٩-٥٠.

(٣) في (ب)، (ج): (الهلاك).

وإن وقع الٱختلافُ، بعد ٱستيفاء بعضِ المعقودِ عليه يتحالفان ويفسخ العقدُ فيما بقي، وكان القولُ في الماضي قولَ المستأجرِ؛ لأن عقدَ الإجارةِ ينعقدُ ساعة فساعة، فيصير كأنه ٱبتدأ العقدَ في كل جزء من المنفعةِ بخلافِ البيعِ /١٤٧ب/ لأنَّ العقدَ فيه ينعقد دفعةً واحدةً، فإذا تعذر في البعضِ تعذر في الكلِّ[١].

قال: (أو المولىٰ والمكاتب في البدل والتحالف منتفٍ، وقالا: يتحالفان ويفسخ).

إذا ٱختلف المولىٰ والمكاتبُ في مالِ الكتابةِ.

قال أبو حنيفة[٢] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يتحالفان.

وقالا[٢]: يتحالفان وتفسخ الكتابةُ؛ لأنَّ الكتابةَ عقدُ معاوضةٍ وهو قابلٌ للفسخِ، فكان كالبيعِ، وهٰذا لأنَّ المولىٰ يدعي بدلًا زائدًا والعبد ينكره، والعبدُ يدعي علىٰ مولاه ٱستحقاق العتقِ عند أداءِ ما يدعيهِ والمولىٰ ينكره فيتحالفان، كما إذا ٱختلفا في الثمنِ.

وله: أن بدلَ الكتابةِ يقابل ترك[٣] الحجر من حق اليدِ والتصرف في الحال، وهٰذا حاصلٌ للعهدِ وإنما ينقلبُ البدلُ مقابلًا بالعتقِ عند الأداءِ قبيل الأداءِ مقابلة، فكان ٱختلافهما فيه ٱختلافًا في قدرِ البدلِ لا غير فلا يتحالفان[٢].

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٨٤-١٨٥، و«الاختيار» ٢/ ٣٩١-٣٩٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦١-٥٦٣، و«اللباب» ٤/ ٤٩-٥٠.

(٢) «الاختيار» ٢/ ٢٩٣، «اللباب» ٤/ ٥٠، و«فتح القدير» ٨/ ٢٣٤-٢٣٥.

(٣) في (ب)، (ج): (بفك).

قال: (أو الزوجان في متاعِ البيتِ، فما يصلح للرجالِ كان له أو للنساء فلها، أولهما فهو له، أو ورثه أحدهُما مع الآخر، فالصالِحُ لهما للباقي منهما ويأمرُ لها بجهازِ مثلها والباقي له وأمر بصرفه إليه أو إلىٰ ورثته).

إذا ٱختلف الزوجان في متاعِ البيتِ فما يصلح للرجلِ فهو للرجل كالعمامةِ، أي أنَّ القولَ قوله فيه أنه له، وما يصلحُ للنساءِ كالوقايةِ والمقنعةِ فهو للمرأةِ؛ لأنَّ الظاهرَ شاهدٌ له، وله فيما يصلحُ له، وفيما يصلح لها. وأمَّا ما يكون صالحًا لكلِّ واحدٍ منهما كآنيةِ البيتِ فهو للرجلِ عند أبي حنيفة[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّ المرأةَ في يده حكمًا، فكان في يده ما في يدها حكمًا، فكان الظاهرُ أنه يعارضه ظاهرٌ أقوىٰ من هٰذا الظاهرِ، ولا فرق في ذلك بين قيامِ النكاحِ وبين الفرقةِ، ولو مات أحدُهما فاختلفَ الباقي وورثة الميتِ في المتاعِ فما يصلح لهما جميعًا هو للباقي منهما؛ لأنَّ اليدَ للحي، والميتُ لا يد له.

وقال أبو يوسف[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يدفعُ إلى المرأةِ جهازُ مثلِها، والباقي يصرفُ إلى الزوجِ مع يمينه؛ لأنَّ الظاهرَ شاهدٌ له، فإنَّ المرأةَ تأتي الزوج ومعها جهازها فيبطل الظاهرُ القوي ظاهرَ الزوجِ والباقي عما يجهز مثلها لم يعارض ظاهرَ الزوجِ فيه ظاهرٌ أقوىٰ منه، فوجب ٱعتبارُه، والطلاقُ والموتُ سواء؛ لقيامِ الورثةِ مقامَ المورثِ.

وقال محمد[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ما يكون صالحًا لهما فهو للرجلِ، كما قال أبو حنيفة[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ولوارثِ الرجلِ إن كان هو الميت لا للمرأة؛ لقيامِ

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٨٥-١٨٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٥-٢٢٦، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦٣-٥٦٤، و«اللباب» ٤/ ٥٠-٥١.

الوارثِ مقامَ الرجلِ والطلاق والموت سواء لقيام الوارثِ مقامَه.

قال: (ونفينا الحكم بقسمته بينهما).

قال زفر[١] رضي الله عنه: ما يصلحُ للرجالِ والنساء يكون مقسومًا بينهما بمنزلةِ عينٍ في يد ٱثنينِ ٱدعياها.

ولنا[١]: أنها في يد الرجل[٢] حكمًا فما يكونُ في يدها يكونُ في يده فيكون الصالح لهما في يد الزوجِ، فتكون المرأةُ خارجةً مدعية فالبينةُ بينةُ الخارجِ، والقول قول ذي اليدِ مع اليمينِ.

قال: (ولو كان أحدُهما مأذونًا فهو للحرِّ، وقالا: حكمهما كالحرّين).

إذا ٱختصم الزوجان وأحدهُما مأذونٌ له أو مكاتب والآخر حرٌّ فأخذهما في متاعِ البيتِ؛ فما يصلحُ لهما فهو للحرِّ أي: القول قوله فيه أنه له عند أبي حنيفة[٣] رحمه الله.

وقالا[٣]: حكمهما وأحدهما مأذونٌ له أو مكاتب حكمهما وهما حرَّان؛ لأنَّ للمكاتبِ والمأذونِ له في التجارةِ يدًا معتبرةً، ألَا ترىٰ أنه لو ٱختصم هو والحرُّ في ثوبٍ هو في يدهِما يقضىٰ به بينهما، ولا ترجح يد الحرِّ عليه كذا هٰهنا.

وله[٣]: أنَّ يدَ الحرِّ أقوىٰ من يده؛ لأنَّ ما في يد الحر له من كل وجهٍ،

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٨٥-١٨٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٥-٢٢٦، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦٣-٥٦٤، و«اللباب» ٤/ ٥٠-٥١.

(٢) في (ب)، (ج): (الزوج).

(٣) «الهداية» ٣/ ١٨٦، و«الاختيار» ٢/ ٣٩٢، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤٣، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٦-٢٢٧.

وما هو في يد العبدِ ليس له من كل وجهٍ، بل للمولىٰ أو للغرماءِ من حيث المعنىٰ، واعتبارُ اليد التي هي أقوىٰ أولىٰ، وأمَّا المساواةُ بينهما في التجاراتِ والخصومات فالأصلُ ما ينفي ذلك، إلَّا أنهما جعلا سواء في ذلك دفعًا للحرجِ عن معاملته، ومتاعُ البيتِ ليس من التجارةِ في شيء فجرينا على الأصل، وقد حققتُ موضعَ الخلافِ بقولي، وقالا[1]: حكمهما كالحرين؛ لأنَّ ظاهرَ لفظِ أبي حفص ﷺ وهو قوله: زوجان مأذونٌ وحر خصمًا، وفي متاعِ البيتِ قد تكلما فذاك للحرّ، وقالا: لهما؛ يشعر بأنَّ المتاعَ يكون مشتركًا بينهما[1].

ومن المعلومِ أنهما إذا كانا حرين فإنَّ المراةَ لا تشارك الرجلَ فيما يخصه، ولا يصلح لهما، فلو شاركت المأذونةُ لزوجِها الحرَّ فيما يخصه لكان ذلك ترجيحًا ليدها علىٰ يدِ الحرةِ، وأنه باطل، ومراده بذلك أنَّ حكمَ المأذونِ حكمُ الحر عنده[2] فما كان الحكم ثمة فهو الحكم هٰهنا فصرحت به إظهارًا لمرادِه وإيضاحًا لهٰذِه الفائدةِ[3].

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٨٦، و«الاختيار» ٢/ ٣٩٢، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤٣، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٦-٢٢٧.

(٢) في (ب): (عندهما).

(٣) «الهداية» ٣/ ١٨٦، و«الاختيار» ٢/ ٣٩٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٦-٢٢٧، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤٣.

فصل: فيمن لا يكون خصمًا

قال: (وإذا ٱدعى الخصمُ أنَّ الغائبَ أودعني الشيء أو رهنه أو غصبته منه أو ٱستأجرته، وأقام بيِّنة فليس بخصم).

إذا ٱدعىٰ رجلٌ علىٰ آخر عينا في يدهِ، فقال المدعىٰ عليه: هٰذا الشيء أودعنيه فلان الغائبُ أو رهنه عندي أو ٱستأجرتُه منه أو غصبته منه، وأقام علىٰ ذلك بيّنةً /١٤٨أ/ فلا خصومةَ بينه وبين المدعي، لأنَّ بينتَه أثبتت أن يده ليست يدَ خصومةٍ حيث تضمنت إثبات الملكِ للغائبِ.

وقال ابن شبرمة[١]: هو خصم[٢]؛ لأنه لما تعذَّر إثباتُ الملكِ للغائبِ لعدم الخصم عنه، لم تندفع الخصومةُ عن هٰذا؛ لأنَّ ٱندفاعها بناءً علىٰ ثبوتِ الملكِ للغائبِ.

قلنا: مقتضىٰ هٰذِه البيّنةِ شيئان: ثبوت الملكِ للغائبِ، ودفع الخصومة[٣] فما صادفت البيِّنة فيه خصمًا ثبت موجبُهما، وما لم تصادف لم يثبت، والغائبُ لا خصم عنه ليثبت الملك له فلم يثبت، والمدعي خصمٌ في ذلك فيثبت ٱندفاع خصومتِه، وهٰذا نظيرُ الوكيلِ بنقل المرأةِ أو العبد والأمة وإقامتهم البيِّنة على الطلاقِ والعتاقِ.

---

(١) عبد الله بن شبرمة: الإمام العلامة، فقيه العراق، أبو شبرمة، قاضي الكوفة، كان ثقة في الحديث، شاعرًا، حسن الخلق، جوادًا، روى ابن فضيل عن أبيه قال: (كان ابن شبرمة، ومغيرة، والحارث العكلي يسهرون في الفقه فربما لم يقوموا إلى الفجر)، توفي سنة أربع.
«طبقات خليفة» ١٦٧، و«طبقات الشيرازي» ٨٥، و«الكامل» ٥/ ٥٢٨، و«ميزان الأعتدال» ٣/ ١٥٢ (٤٣٧٥).

(٢) «المبسوط» ٧/ ٣٧.

(٣) في (ج): (خصومة المدعي).

وصورتها: رجل وكَّلَ وكيلًا بنقلِ ٱمرأتِه من مكان كذا إليه، أو بنقل عبدِه إليه أو أمتِهِ، والعبد والأمة في يد آخر، فأقامت المرأةُ البيِّنَةَ أنها مطلقة ثلاثًا، وأقام العبدُ والأمةُ البيّنة (أنهما معتقانِ، فإنَّ البينةَ مقبولةٌ في قصر يد الوكيلِ عن ثقلهم؛ لأنه خصمهم لقيامهِ مقامَ الوكيل في القبضِ فتكون البينةُ علىٰ خصمه)[1] علىٰ خصم فيقتصر يده، ولا يثبت بالبيِّنةِ وقوع الطلاقِ والعتاق، بل ينتظر لذلك قدوم الغائبِ فتعاد إقامةُ البيّنةِ لثبوتهما، وهٰذا هو الاستحسانُ وإن كان القياسُ أن يتمكن من نقلهم؛ لأنَّ البيِّنةَ قد قامت علىٰ غير خصمٍ فلا تعتبر، وإنما شرط في دفعِ الخصومة إقامة البيِّنة؛ لأنه صار خصمًا بظاهر يدهِ فهو بإقراره يروم أن يحولَ الحقَّ المتوجه عليه، فلا يصدق علىٰ ذلك إلَّا بحجةٍ، كما إذا ٱدعىٰ تحولَ الدينِ من ذمتهِ إلىٰ ذمة غيرِه[2].

قال: (وإن قال شهوده: لا نعرف من أودعه لم تندفع).

لاحتمال أن يكونَ المودَع هو المدعي إذا لم يعرفوه؛ ولأنه لم يعين شخصًا يمكن المدعي أن يدعي عليه؛ لاستحالةِ الدعوىٰ علىٰ مجهولٍ فلو ٱندفعت الخصومةُ لتضرر بذلك المدعي[3].

---

(١) من (ج).

(٢) «المبسوط» ١٧/ ٣٧-٣٨، و«الهداية» ٣/ ١٨٦-١٨٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦٦-٥٦٧، و«اللباب» ٤/ ٣٨-٣٩.

(٣) «المبسوط» ١٧/ ٣٧-٣٨، و«فتح القدير» ٨/ ٢٤٠-٢٥٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٥-٣٨٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٨.

قال: (أو نعرفه بوجهه دون نسبه فهي مندفعةٌ ويخالفه إن كان معروفًا بالحيل لا مطلقًا).

رجلٌ ٱدعىٰ عينًا في يدِ آخر أنه ملكه. وقال ذو اليد: هو وديعةُ غائبٍ عندي، ولا خصومةَ لك معي. فإنها لا تندفعُ حتىٰ يقيمَ البيِّنةَ علىٰ أن يده يدُ أمانةٍ، فلو قال شهوده: أودعه هٰذا الشيء (مَنْ)[1] لو رأيناه عرفناه لكنا لا نعرفه باسمهِ ونسبهِ، ٱندفعت الخصومةُ عند أبي حنيفة[2]؛ لأنَّ الحاجةَ إلى الأسمِ والنسبِ للحكم، ولا حكم على الغائبِ، وإنما تقبلُ هٰذِه البيّنةُ في دفعِ خصومة هٰذا المدعي (و)[3] قصر يده، وهو وخصمه معلومان حاضران.

وقال أبو يوسف[2]: إن كان ذو اليد معروفًا (بالاحتيال)[1] لا تقبل بيّنته لدفعِ الخصومةِ؛ لجواز أنه واضع من يعينه علىٰ دفعِ دعوى المدعي فيسلمه إليه، ثم يستودعه منه، كذا في[1] الشهودِ، ثم يغيب فلا يقبل ذلك ممن يعرف بالتحيل صيانةً للحقوقِ عن التلفِ.

وقال محمد[2]: لا تندفع الخصومةُ مطلقًا معروفًا بالحيلةِ كان أو غيرَ معروفٍ حتىٰ يذكر الشهودُ ٱسمَه ونسبَه؛ لأنَّ القضاءَ للمجهولِ لا يصح.

---

(١) من (ج).

(٢) «المبسوط» ١٧/ ٣٧-٣٨، و«فتح القدير» ٨/ ٢٤٠-٢٥٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٥-٣٨٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٢٨.

(٣) في (ج): (في).

قال: (وإن قال: ٱبتعته منه كان خصمًا).

لأنه ثبتَ باعترافهِ أنَّ يدَه يدُ ملكٍ فثبت كونه خصمًا[١].

قال: (أو ٱبتعته من فلانٍ، وقال ذو اليد: أودعنيه. ٱندفعت بغير بيِّنة).

إذا قالَ المدعي: هٰذا الشيء ٱبتعته من فلان. وقال ذو اليد: أودعنيه فلان ذاك. سقطت الخصومةُ بغير بيُّنةٍ، لأنهما ٱتفقا علىٰ أنَّ أصلَ الملكِ في المدعىٰ كغيرهما، فتكون يدُ ذي اليدِ يدَ أمانةٍ لا يدَ خصومةٍ، إلَّا أن يقيمَ المدعي البيِّنةَ أنَّ فلانًا وكّله بقبضه؛ لأنه أثبت بيَّنة كونه هو الأحق بالإمساكِ[٢].

قال: (أو سرق مني. وقال ذو اليد: أودعنيه فلان، وأقام بيَّنة علىٰ ذلك كان خصمًا وحكم بسقوطها).

إذا قالَ المدعي: هٰذا الشيء سرقَ مني. وقال ذو اليدِ، بل هٰذا الشيء أودعنيه فلان، وأقامَ بيَّنةً علىٰ ذلك. قال أبو حنيفة[٣] وأبو يوسف[٣]: لم تندفع الخصومةُ وهو الٱستحسانُ، والقياسُ ما قال محمد[٣] أن الخصومةَ تندفع؛ لأنه أتىٰ بالفعلِ غير مسمي الفاعلَ، فلم يكن مدعيًا للسرقة عليه، فصار كما لو قال: غُصِبَ مني، علىٰ ما لم يسم فاعله.

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٨٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦٨-٥٦٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٣١، و«اللباب» ٤/ ٣٩.

(٢) «فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣١٠، و«فتح القدير» ٨/ ٢٤٤، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤٤، و«البحر الرئق» ٧/ ٢٣٣، و«اللباب» ٤/ ٣٩.

(٣) «فتح القدير» ٨/ ٢٤٣، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦٩، و«اللباب» ٤/ ٣٩.

ولهما[1]: أن الظاهرَ أن الفاعلَ هو ذو اليد، وإنما ستره درءًا للحدِّ عنه أو أقامه لحسبة الستر، فصارَ كما لو صرحَ به بخلاف قوله غصب[2] مني، لأن الغصبَ لا حدَّ فيه ليكون حذفُ الفاعلِ حسبة أو شفعة آخر لدرء الحدِّ فافترقا.

قال: (أو أنَّ العين التي في يده كانت في يدي أمس وبرهن يأمر بتسليمها إليه).

رجل ٱدعىٰ علىٰ آخر أنَّ هٰذا الشيء الذي في يدك الآن كان في يدي أمس، فمرُه أيها القاضي بدفعهِ إليَّ، وإن كان له فيه حقٌّ فلتثبته عليَّ، وأقام البيِّنةَ علىٰ كونه في يده أمس.

قال أبو يوسف[3]: يقضي بهٰذِه البيّنةِ ويؤمر بالدفعِ إليه، وقال أبو حنيفة[3] ومحمد[3]: لا يقضي بها. له أنَّ اليدَ حق مقصودٌ كالملكِ فتقبلُ الشهادةُ بها علىٰ ما مضىٰ، كما لو قامت البيِّنةُ أنه كان في يدِ فلان يومَ مات، وكما لو شهدوا علىٰ إقرارِ المدعىٰ عليه أنَّ اليدَ علىٰ هٰذا كانت للمدعي أو شهدوا بالأخذِ من المدعي. /١٤٨ب/

ولهما: أنَّ الشهادةَ قامت علىٰ يدٍ منقطعةٍ فلا تصح؛ لأنها شهادةٌ بالمجهولِ، وهٰذا لأنَّ الأيدي متنوعةٌ إلىٰ يدِ ملكٍ وغازيةٍ ووديعةٍ وغصبةٍ وغير ذلك وبعضها يوجب الإعادةَ، وبعضها لا يوجبها فلا تجب الإعادةُ بالشكِّ بخلافِ ما ٱستشهد به. أمَّا الشهادةُ باليدِ عند الموتِ فهي شهادةٌ

---

(١) «فتح القدير» ٨/ ٢٤٣، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦٩، و«اللباب» ٤/ ٣٩.

(٢) من (ج).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٥٢، و«المبسوط» ١٧/ ٣٦-٣٧، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٦.

بالملكِ؛ لأنها إما إن كانت يدَ ملكٍ أو يدَ أمانةٍ أو غصبٍ، فإن كانت يدَ ملكٍ فظاهر، وإن كانت يدَ غصبٍ فبالموتِ تقرر عليه الضمانُ فصارت يدَ ملكٍ، وإن كانت يدَ أمانةٍ فإنها تصير يد غصبٍ بالموتِ عن تجهيلٍ، فتصير يد ملكٍ بإيجابِ الضمان، وأمَّا الشهادةُ علىٰ إقرار المدعىٰ عليه؛ لأنَّ الإقرارَ بالمجهولِ يصح، أمَّا الشهادةُ به فلا تصح، وأمَّا البيِّنةُ على الأخذِ؛ لأنه يجب عليه نقضُ أخذهِ؛ لقوله ﷺ: «**على اليد ما أخذت حتىٰ ترد**»[1].

---

(١) رواه أبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، والنسائي في «الكبرىٰ» ٣/ ٤١١ (٥٧٨٣)، وابن ماجه (٢٤٠٠)، وأحمد ٥/ ٨، ١٢، ١٣ من طريق سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال: «**على اليد ما أخذت حتىٰ تؤدي**».
والحديث تكلم في إسناده؛ من أجل سماع الحسن من سمرة، قال ابن حزم في «المحلىٰ» ٩/ ١٧٢: الحسن لم يسمع من سمرة. وقال الحافظ في «الفتح» ٥/ ٢٤١: سماع الحسن من سمرة مختلف فيه. وكذا قال في «التلخيص» ٣/ ٥٣. والحديث ضعفه الألباني في «الإرواء» (١٥١٦).

فصل: فيما يدعيه الرجلان

قال: (وإذا تنازعا عينًا في يد ثالث وبرهنا قضىٰ بها بينهما، ولا نقرع).

رجلان ٱدعىٰ كلُّ واحد منهما أنَّ هٰذِه العينَ التي في يد فلان ملكه، وأقام بيّنةً علىٰ ذلك قضي بالعينِ بينهما[1].

وفي قول الشافعي[2]: تهاترت البينتان. وفي قولٍ آخر: يقرعُ القاضي بينهما؛ لاستحالةِ صدقِ البينتين جميعًا؛ لاستحالةِ ثبوتِ الملكِ في كلِّ العينِ لكل واحد منهما في حالةٍ واحدةٍ، وقد تعذَّرَ التمييز فتتهاتران أو تصار إلى القرعةِ؛ لما روي أنه عليه السلام أقرعَ في مثلهِ وقال: « **اللهم أنت الحكم بينهما** »[3].

ولنا: حديثُ تميم بن طرفة الطائي[4] أنَّ رجلين ٱختصما إلى النبيِّ عليه السلام في ناقةٍ وأقامَ كلُّ واحد[5] بيّنةً علىٰ دعواه فقضىٰ بها بينهما[1].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٥٢، و«المبسوط» ١٧/ ٣٢، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧٤، و«الهداية» ٣/ ١٨٨، و«إيثار الإنصاف» ص٧٠٤-٧٠٥، و«اللباب» ٤/ ٣٢.

(٢) «الأم» ٧/ ٣١٥، و«المهذب» ٢/ ٣١٤، و«الوجيز» ٢/ ٢٧٠، و«روضة الطالبين» ٨/ ٢٣٩، و«حلية العلماء» ٨/ ١٨٨-١٨٩.

(٣) رواه الطبراني في «الأوسط» ٤/ ٢٠٤ (٣٩٨٥) وقال الهيثمي في «المجمع» ٤/ ٣٦٧: فيه أسامة بن زيد القرشي وهو ضعيف. بلفظ: « **اللهم ٱقض بينهما** ».

(٤) رواه عبد الرزاق ٥/ ١٩٤ (٩٣٥٨) والطبراني ٢/ ٢٠٤ (١٨٣٣)، والبيهقي ٩/ ١١١، وقال الشافعي: تميم بن طرفة لم يدرك النبي ﷺ ولم يسمع منه، والمرسل لا تثبت به حجة لأنه لا يدري عمن أخذه.

(٥) من (ج).

وما رواه محمولٌ من حديثِ القرعةِ كان في أولِ الإسلامِ ثم نسخَ؛ ولأنَّ المطلقَ لأداءِ الشهادةِ في حقِّ كل فريقٍ من هٰؤلاء الشهودِ محتمل الوجودِ لجواز ٱعتمادِ إحدى البيّنتين علىٰ سببِ الملكِ، والأخرىٰ على اليدِ فتصحُّ الشهادتان فتنزع من يد ذي اليدِ؛ لتصادفِ الشهادةِ من الفريقينِ علىٰ أنَّ يدَه ظالمةٌ غازية[1]، وتجعل بين المدعيين لاستوائهما في سببِ الٱستحقاقِ[2].

قال: (ولم يرجحوا بالعدالة).

إذا ٱدعىٰ رجلان دارًا في يد ثالث، وأقام كلٌّ منهما بيَّنةً عادلةً علىٰ دعواه تنزع مِنْ يَدِ مَنْ هي في يدهِ ويقضىٰ بها بينهما. وقالَ مالك[3] رضي الله عنه: تترجحُ أعدلُ البيّنتين فيقضىٰ بها؛ لأنهما تعارضتا، وللعدالةِ أثرٌ في الترجيحِ فترجح.

ولنا[3]: أنَّ شهادةَ كلِّ فريقٍ حجةٌ تامةٌ موجبةٌ على القاضي للقضاءِ بها عند ٱنفرادِها، فلا يجوز تعطيلُ إحديهما عند الٱجتماع، وإذا رجَّحَ إحديهما بالعدالةِ فقد عطلَ ما وجبَ قبولُه، وأنه لا يجوز[3].

قال: (ولا ترجيح بكثرة الحجج).

يريد أن أحدهما إذا أقام شاهدين والآخر أربعة شهود فهما سواء؛ لأنَّ شهادةَ كلِّ شاهدين علةٌ تامةٌ، كما في حالةِ الانفراد، والترجيحُ إنما يقعُ بقوةِ

---

(١) في (ج): (عادية).

(٢) «التفريع» ٢/ ٢٤٢، و«المعونة» ٣/ ١٥٦٦، و«التلقين» ٢/ ٥٤٤، و«بداية المجتهد» ٢/ ٨٤٥.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٥٢، و«المبسوط» ١٧/ ٤١، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٧، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٣٤-٢٣٥.

في العلةِ لا بكثرةٍ فيها علىٰ ما عرفَ في الأصولِ[١].

قال: (وتقدم بيِّنة الخارج علىٰ ذي اليد في الملكِ المطلقِ).

رجلان تنازعا في الملكِ المطلقِ وأحدهما خارجٌ والآخر ذو اليد، وأقام كلٌّ واحدٍ منهما بيِّنةً علىٰ دعواه، فبيِّنةُ ذي اليد أولىٰ بالعمل بها عند الشافعي[٢].

وعندنا[٣]: لا تُسمعُ بيِّنتُه، وبيِّنةُ الخارجِ أولىٰ بالعمل والقبول.

له[٣]: أنَّ البيِّنتين تساويا في الإثبات؛ لقيام كل منهما في محلِها وهو الملكُ، فكانت اليدُ مرجحةً لبيِّنة ذي اليدِ لكونها دليلَ الملكِ، فكانت بينتُه أتمَّ إظهارًا لاعتضادها باليدِ، وصار كالنتاجِ والنكاحِ ودعوى الملكِ مع الإعتاقِ أو الاستيلادِ أو التدبيرِ.

ولنا[٣]: أنَّ بيّنةَ الخارجِ أكثر إظهارًا فكانت أحقَّ بالقبولِ؛ وهٰذا لأنَّ الملكَ لذي اليد ظاهر من وجهٍ باعتبار دلالةِ اليد، وظهوره من كل وجه ينفي كونَ بيِّنة ذي اليد مظهرة له من ذلك الوجه؛ لاستحالة إظهار الظاهر، وبينة الخارج مظهرة من كل وجه، فكانت أكثرَ إظهارًا فكان ملكُ الخارجِ هو الظاهرُ دون ملكِ ذي اليد لاختصاص بيِّنةِ الخارجِ بمزيد الإظهارِ فكانت غلبة الظنِ بثبوتِ موجبها فوق غلبة الظنِ بثبوت موجب بيِّنةِ ذي

(١) «المبسوط» ١٧/ ٤١، و«الهداية» ٣/ ١٩٣، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٩، و«درر الحكام» ٢/ ٢٤٨.

(٢) «الأم» ٦/ ٣١٦، و«المهذب» ٢/ ٣١٢، و«الوجيز» ٢/ ٢٦٧، و«روضة الطالبين» ٨/ ٣٣٥.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣٥١، و«المبسوط» ١٧/ ٣٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٧١، و«الهداية» ٣/ ١٩٠-١٩١، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٦.

اليدِ، والترجيحُ باليد غير مستقيمٍ لجواز أن تكون شهادة شاهديه بناءً عليها بخلافِ النتاج؛ لأنَّ اليدَ لا تدل عليه، وكذا لا تدل اليدُ على الإعتاقِ والاستيلاد والتدبير والولاء الثابت بها، فأمكن الترجيحُ بهٰذِه الأشياءِ[١].

قال: (ولو ٱدعىٰ أحدُ ثلاثة في يدهم دارٌ كلَّها، والآخر ثلثيها، والآخر نصفَها وبرهنوا فهي مقسومةٌ بالمنازعةِ أربعة وعشرين، للأول خمسة عشر، وللثاني ستة، وللثالث ثلاثة. وقالا: بالعول مائة وثمانون، للأول مائة وثلاثة، وللثاني خمسون، وللثالث سبعة وعشرون).

زيدٌ وبشرٌ وبكرٌ في أيديهم دارٌ ٱدعىٰ زيدٌ أن كلها له، وادعىٰ/١٤٩أ/ بشر أن ثلثيها له، وادعىٰ بكر أنَّ نصفها له، وأقاموا البيِّنةَ علىٰ ذلك.

قال أبو حنيفة[٢] رضي الله عنه: تقسم الدارُ بينهم بطريقِ المنازعةِ علىٰ أربعة وعشرين سهمًا، لزيد خمسة أثمان الدارِ وهي خمسة عشر سهمًا، ولبشر ربعُها وهي ستة أسهم، ولبكر ثمنها وهي ثلاثة أسهم؛ لأنَّ زيدًا يقول: لي الكل، وفي يدي الثلث، والثلثان في يدي صاحبي؛ لأنها إذا كانت في أيديهم كان في يد كلٍّ منهم الثلث شرعًا، وبشر يقول: لي الثلثان،

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٥١، و«المبسوط» ١٧/ ٣٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٧١، و«الهداية» ٣/ ١٩٠-١٩١، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٦.

(٢) «المبسوط» ١٧/ ٨٣-٨٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧٩-٣٨٠، و«فتح القدير» ٨/ ٢٧٥-٢٧٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٧-٢٤٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦٧-٥٧٧.

وفي يدي ثلثُ والثلث في يدي صاحبيٍّ، وبكر يقول: لي النصفُ وفي يدي الثلثُ والسدسُ الباقي في يدي صاحبيٍّ، ومعلوم أن بيِّنَةَ كلٍّ منهم علىٰ ما في يده غير مقبولةٍ؛ لكونه ذا اليد، وأنَّ بيِّنَةَ الخارج أولىٰ في الملكِ المطلق[1] ولما كان في يدِ كلٍّ منهم ثلثها جعلنا الدارَ علىٰ ثلاثةٍ أسهم وقلنا: إن زيدًا وبشرًا أثبتا علىٰ بكرٍ ما ٱدعياه؛ لأنهما خارجان، وبكرٌ صاحبُ يدٍ في ثلثه وزيدٌ يدعيه كلَّه له وبشرٌ يدعي نصفَه، فسلم لزيد نصفُ ما في يد بكرٍ وتنازعا النصفَ الآخرَ فانقسم أرباعًا ثلاثة أرباعه لزيد وربعُه لبشر، فضربنا أربعةً في ثلاثةٍ فكان الحاصلُ ٱثني عشر فجعلنا سهامَ الدارِ ٱثني عشر في يد كلٍّ منهم أربعة أسهم.

ثم إنَّ زيدًا وبكرًا أثبتا ما ٱدّعياه علىٰ بشرٍ؛ لأنهما خارجانِ فانقسم ثلاثة علىٰ ثمانيةٍ بين زيد وبكر؛ لأن بكرًا يقول: لي نصفُ الدار وفي يدي ثلثها والسدس الباقي نصفُه في يد زيدٍ ونصفُه في يد بشرٍ. وزيد يقول: لي كل ما في يدِ بشرٍ. فقد سلم لزيدٍ ثلاثة أرباع ما في يدِ بشرٍ بغير نزاعٍ وبقي الربعُ متنازعًا فيه بينهما، وقد ٱستوت منازعتهما فيه فانقسم نصفين، وكان لزيد سبعة أثمان ما في يدِ بشرٍ ولبكرٍ ثمنه؛ ولمَّا ٱنقسم هٰذا الثلثُ عل ثمانيةٍ ٱنقسم الثلثان الباقيان كذلك، فكانت سهامُ الدارِ أربعة وعشرين سهمًا.

ولمَّا أثبت بشر وبكر ما ٱدَّعياه علىٰ زيد صار ما في يدهِ وهو ثمانية أسهم أربعة أسهمٍ لبشر، وسهمان لبكر وبقي لزيد سهمان بلا نزاعٍ فحصل لزيد خمسة عشر سهمًا؛ لأنه سلمَ له مما في يده سهمان، وحصل له مما في يد بكرٍ ستة أسهم، ومما في يد بشر سبعة أسهم ومجموعها خمسةَ عشرَ،

---

(١) في (ج): (المعلق).

وحصل لبشرٍ ستةُ أسهم أربعةٌ مما في يدِ زيدٍ وسهمان مما في يد بكرٍ، وحصل لبكرٍ ثلاثةُ أسهم، سهمان مما في يدِ زيد وسهم مما في يد بشرٍ.

وقال أبو يوسف[1] ومحمد[1] رحمهما الله: تقسم الدارُ بينهم بطريق العولِ والمضاربةِ علىٰ مائة وثمانين سهمًا لزيد مائة سَهم[2] وثلاثة أسهم، ولبشر خمسون سهمًا، ولبكر سبعةٌ وعشرون سهمًا؛ لأن زيدًا وبشرًا لمَّا أثبتا ما ٱدعيا علىٰ بكرٍ ٱنقسم ما في يده من الثلثِ بينهما أثلاثًا، الثلثان لزيد والثلث لبشر؛ لأن ما أثبته زيدٌ ضعفُ ما أثبته بشر؛ لأن زيدًا يدعي كل ما في يد بكرٍ وبشرًا يدعي نصفَهُ، ولمَّا ٱثبت زيد وبكر ما ٱدعياه علىٰ بشرٍ ٱنقسم الثلثُ الذي في يده بينهما أخماسًا أربعة أخماسه لزيدٍ وخمسُه لبكرٍ؛ لأنَّ ما أثبت بكر مثل ربع ما أثبت زيد وكلُّ شيء زدت عليه مثلَ ربعِهِ كان خمس المجموع، ولما أثبتَ بشر وبكر ما ٱدعياه علىٰ زيد ٱنقسمَ ما في يدِ زيدٍ بينهما أرباعًا، ربعان لبشرٍ وربع لبكرٍ وبقي ربعٌ لزيد فيضرب الثلاثة في خمسة تكون خمسةَ عشرَ في أربعة فتكون ستين، ثم ستون في ثلاثةٍ فتكون مائة وثمانين، فيقسم كل ثلث بستين سهمًا، فتقسم الستون التي في يدِ بكرٍ بين زيدٍ وبشرٍ أثلاثًا، أربعون لزيد وعشرون لبشر.

وتقسم الستون التي في يد بشر بين زيد وبكر أخماسًا، ثمانية وأربعون لزيد واثنا عشر لبكرٍ، فتقسم الستون التي في يد زيدٍ بينهم أرباعا، لبشرٍ ثلاثون ولبكرٍ خمسة عشر فيحصل لزيدٍ مرة أربعون ومرة ثمانية وأربعون،

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ٨٣-٨٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧٩-٣٨٠، و«فتح القدير» ٨/ ٢٧٥-٢٧٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٧-٢٤٨، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦٧-٥٧٧.

(٢) من (ج).

وسلم له مما في يده خمسة عشر، فالمجموعُ مائة وثلاثة أسهم، وحصل لبشر مرة عشرون وأخرىٰ ثلاثون، فالحاصلُ له خمسون، وحصل لبكرٍ مرة اثنا عشر، ومرة خمسة عشر فالحاصلُ له سبعة وعشرون.

لهما(١): أنَّ الأصلَ في جنسِ هٰذِه المسائلِ أن تقسمَ بالمنازعةِ، ولذلك حلف ابن عباس ﵄: أنَّ اللهَ لم يخلق في مالٍ واحدٍ نصفين وثلثًا ولا ثلثين ونصفًا لما يبدل رأيه من العولِ إلى النزاعِ في قسمةِ الميراث إلَّا أنَّ الصحابةَ أجمعوا على القسمة بطريق العولِ في الميراث وفي قضاء الديون التي على الميتِ وتركتُهُ لا تفي بديونهم، وإجماعُهُم حجةٌ، فوجب العدولُ عن القسمة بطريق المنازعةِ إلى العول فيها وفيما يشبهها تحرزًا عن مخالفتهم، ومسألتُنَا شبيهةٌ بذلك، لأنَّ حقوقَ هٰؤلاء في الدارِ ظهرت معًا علىٰ سبيل الشيوعِ عند قضاءِ القاضي وتضايقت عنها فالتحقت بالحقوقِ الثابتةِ في الذمم والحقوقِ المتعلقةِ بالمال المتضايق عنها معًا علىٰ سبيلِ الشيوعِ لحقوقِ الغرماءِ وأصحابِ الفرائضِ؛ لأنَّ حقَّ كل منهم ثابت من جميع الوجوه؛ لعدم التنافي في أسبابها كما لا تنافي في أسبابِ حقوقِ الغرماءِ.

/١٤٩ب/ وهٰذا خلافُ ما إذا باع فضوليٌّ رجلًا دارًا لزيد بثمن معينٍ، وباع فضوليٌّ آخر رجلًا آخر نصفَ هٰذِه الدار بثمن معينٍ وعلم زيد بهمًا فأجازهما؛ لأن حقَّهما ثبت علىٰ سبيلِ التمييز لانفصالِ سبب حقِّ الأولِ عن سبب حقِّ الثاني، فلم يمكن إلحاقهما لحقوقِ الغرماءِ، فجرينا في

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ٨٣-٨٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧٩-٣٨٠، و«فتح القدير» ٨/ ٢٧٥-٢٧٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٧-٢٤٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦٧-٥٧٧.

هٰذِه المسألة على القسمةِ بالنزاع، وفي مسألتنا على العولِ. وله أن القسمة بالمنازعة هي الأصلُ فلا يعدل عنها إلَّا فيما ٱنعقدَ الإجماعُ عليه وما أشبهه، ومسألتنا شبيهة بمسألةِ الفضوليين، وهٰذا لأنَّ حقوقَ الغرماءِ ثابتة في الذمةِ بأسبابها ولا تضايقَ في الذمةِ ولا تنافي بين الأسبابِ لكن (المحل)[1] الذي تعلقت به الحقوقُ الثابتةُ في الذمة لا يفي بالكلِّ، وحقوقُ أصحابِ الفرائض وإن لم تكن ثابتة لكنها ثابتة على الشيوع؛ لعدم إضافة أسبابها إلىٰ أشياءَ معينةٍ، فكانت في معنى الحقوقِ الثابتة في الذمة إذا تعلقت بالمالِ المضايق عنها؛ لعدم التنافي بين أسبابِها، وعدم دعوىٰ واحدٍ منهم شيئًا معينًا؛ بخلاف مسألتنا؛ لأنَّ زيدًا يدعي شيئًا معينًا وهو جميعُ الدارِ، وأنه معينٌ فصارت هٰذِه المسألة كمسألة الفضوليين، فإن يدعي الكلِّ يدعي شيئًا معينًا، وسبب حقِّه وهو شراء كلِّ الدار مضافٌ إلىٰ شيء معين وهو كلِّ الدار وإذا كان سببُ حقِّ أحدهم مضافا إلىٰ كلِّ الدارِ يعلم قطعًا أن حقَّ كلِّ واحدٍ ليس بثابتٍ في هٰذِه العين، لاستحالة ثبوت حقٍّ في بعض العينِ مع ثبوت حقِّ الآخر في كلِّها من كلِّ وجه؛ لأن كون كلِّ العينِ لهٰذا من كل وجه منافٍ لثبوت حقٍّ لغيره فيه بوجه في الوصيةِ بجميع عبده أو ماله لرجلٍ وببعضه لآخر. ومسألة الفضوليين ومدعي بعضِ الدار ومدعي كلِّها، أمَّا كون بعض العينِ لهٰذا لا ينافي أن يكون لغيره فيه حقٌّ. وعلىٰ هٰذا الأصل بنىٰ أبو حنيفة[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ قوله فجعل القسمةَ نزاعية وما جعلها ضربية في الوصيةِ بربع ماله لرجلٍ وبثلثيه لآخر.

---

(١) في (ج): (المجلس).

(٢) «المبسوط» ١٧/ ٨٣-٨٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧٩-٣٨٠، و«فتح القدير» ٨/ ٢٧٥-٢٧٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٧-٢٤٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦٧-٥٧٧.

وفي العبدِ المأذونِ يباع بمائة ولرجلٍ عليه مائة ولآخر خمسون، وفي الوصيةِ بالمحاباة والعتقِ، وفي الوصيةِ بألفٍ مرسلةٍ وألفين وفي الغرماءِ وأصحابِ الفرائضِ. وهما[١] بنيا علىٰ ما أصَّلا فجعلا القسمةَ نزاعية في دفعِ العبد لقتله إنسانًا خطأً وفقأ عين آخر.

وفي عبدٍ مأذونٍ يباع بمائةٍ ولواحد عليه مائةٌ ولآخر خمسون، وفي المدبرِ يقتل إنسانًا خطأً وآخر عمدًا، وبيع الفضوليين، وجعلاها ضربية في الوصيةِ بجميعِ عبده لرجلٍ وبثلث ماله لآخر، وفي المحاباةِ والعتقِ في المرضِ، وفي الوصيةِ بألفٍ مرسلةٍ وبألفين لآخر، والغرماء وأصحاب المريض[٢] والدار يدعي كلَّها رجلٌ وآخر نصفَها.

قال: (و لو كانت في يدِ غيرهم فهي مقسومة على ٱثني عشرَ، للأول سبعةٌ، وللثاني ثلاثةٌ، وللثالث سهمان. وقالا: ثلاثةٌ عشر ستةٌ وأربعةٌ وثلاثةٌ).

زيدٌ وبشر وبكرٌ ٱدعوا دارًا في يد خالدٍ، فزيد يدعي كلَّها وبشرٌ ثلثها وبكرٌ نصفَها.

قال أبو حنيفة[١] رضي الله عنه: تقسم بينهم على ٱثني عشرَ سهمًا بطريقِ المنازعةِ لزيدٍ سبعةُ أسهم ولبشرٍ ثلاثةٌ ولبكر سهمان، وطريقُ أبي حنيفة[١] رحمه الله إما يحتاجُ إلىٰ حسابٍ ، له ثلثان ونصف وأقله ستة فمدعي الثلثين يدعي أربعةً ومدعي النصفِ يدعي ثلثَه، ولا منازعةَ في سهمين

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ٨٣-٨٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧٩-٣٨٠، و«فتح القدير» ٨/ ٢٧٥-٢٧٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٧-٢٤٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٦٧-٥٧٧.

(٢) من (ج).

فسلما[1] لمدعي الكلِّ نفي أربعة، ومدَّعي النصفِ لا يدعي إلَّا ثلاثةً فخلا سهمٌ عن منازعيه وتنازعَ فيه مدعي الكلِّ والثلثين فكان بينهما فانكسر، فاضرب ٱثنين في ستةٍ فكان ٱثنىٰ عشرَ فمدعي[2] الثلثين لا يدعي أكثرَ من ثمانيةٍ، فسلمت أربعةٌ لمدعي الكلِّ، ومدَّعي النصفِ لا يدعي أكثرَ من ستةٍ، فسهمان لمدعي الكلِّ والثلثين لكلِّ واحدٍ منهم وبقيت ستةٌ ٱستوت منازعتهم فيها، فكان لكلِّ واحد[3] منهم سهمان فقد أصاب صاحبَ الكلِّ سبعة أسهم، وذلك ثلاثة أسداسٍ ونصف سدسٍ، وأصاب صاحبَ النصفِ سهمان وذلك السدسُ، وأصاب صاحبَ الثلثين ثلاثةُ أسهم، وأمَّا طريقةُ صاحبيه فصاحبُ الكلِّ يضرب بالكلِّ وهو ستة. وصاحبُ الثلثينِ بالثلثينِ وهو أربعةٌ وصاحبُ النصفِ بالنصفِ وهو ثلاثةٌ، فصار الكلُّ ثلاثة عشرَ فيستقيم منهم كذلك.

قال: (أو أحد ٱثنين علىٰ شراءِ كلِّها، والآخر علىٰ نصفِها فله ثلاثةُ الأرباعِ وللآخر الآخر. وقالا: كلها[4] أثلاثًا).

زيدٌ وعمرو ٱدعيا دارًا فأقام زيدٌ البيّنة علىٰ أنه ٱشترىٰ كلَّها، وعمرو البيِّنةَ علىٰ أنه ٱشترىٰ نصفَها، فلمدعي الكلِّ ثلاثة أرباعها بطريق المنازعةِ عند أبي حنيفة[5] رحمه الله، ولمدعي النصفِ ربعُها، وعندهما[5] لمدعي الكلِّ ثلثاها، ولمدعي النصفِ ثلثها؛ لأن مدعي الكلِّ يضرب بكلِّها ومدعي النصفِ بنصفها بطريقِ العولِ، والوجهُ من الطرفين ما مرَّ.

---

(١) في (ب)، (ج): (فسلم).
(٢) في (ب): (فصاحب).
(٣) من (ب)، (ج).
(٤) من (ب).
(٥) «مختصر الطحاوي» ص٣٥٤، و«المبسوط» ١٧/ ٨٣-٨٤، و«الهداية» ٣/ ١٩٣، و«اللباب» ٤/ ٤٢-٤٣.

قال: (ولو كانت في يدهما سلم للأول نصفها بقضاء ونصفها بغيره).

لأنَّ صاحبَ الكلِّ خارجٌ في النصفِ فيقضي ببيّنته، والنصفُ الذي في يده سالمٌ عن دعوىٰ صاحبِ النصفِ فيه، فإذا لم يرد عليه دعواه فلا تنزعُ من يدهِ؛ إذ الحكمُ يستلزمُ الدعوىٰ فتبقىٰ في يدهِ لا علىٰ وجهِ القضاءِ[(١)].

قال: (أو كل منهما أن زيدًا باع ملكه من صاحبه والثمنُ مختلف وبرهنا يقضي بها بينهما ملكًا وحكم به /١٥٠أ/ وببيع كلٍّ منهما نصفها بنصفه).

زيدٌ كان في يده دار فادعىٰ عمرو أنها ملكهُ وأن زيدًا باعها من بكرٍ بمائة دينار، فقال بكرٌ: بل هي ملكي في يد زيدٍ وقد باعها من عمرو بألفِ درهمٍ، وأقامَ كلٌّ منهما البيِّنة علىٰ ذلك.

قال أبو يوسفَ[(١)]: يقضي بالدارِ بينهما ملكًا ولا يقضىٰ بالمبيعِ؛ لأنهما استويا في دعوى الملكِ والبيِّنة عليه فتتهاتر بينتاهما على البيعِ للتعارضِ.

وقال محمد[(١)] رَحِمَهُ اللهُ: يقضىٰ بالدارِ بينهما ولكلٍّ منهما بيعُ نصف الدارِ بنصفِ الدَّينِ الذي قامت عليه بيِّنتُه؛ لانَّ العملَ بالبيناتِ واجبٌ مع الإمكانِ، وفي الحكمِ بذلك تحقيقُ العملِ به[(٢)] كلٍّ واحدٍ منهما في حقِّ النصفِ فكان أولىٰ من إهدارهما.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٥٤، و«المبسوط» ١٧/ ٨٥، و«الهداية» ٣/ ١٩٣، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٩.

(٢) من (ب).

قال: (أو إتيان نكاح ٱمرأةٍ لم يقض بواحدةٍ من البيِّنتين ويرجع إلىٰ تصديقها).

أمَّا الأول فلتعذرِ العملِ بالبينتين جميعًا لعدمِ قبول المحلَ للاشتراك، ولا وجه لترجيحِ إحديهما على الأخرىٰ.

وأمَّا الثاني فلأن النكاحَ مما يحكم بتصادقِ الزوجينِ، وهٰذا فيما إذا كانت البينتانِ مطلقتينِ عن الوقتِ فإن وقتَا كان العملُ بالأسبقِ منهما تاريخًا، وإن أقرت هي لأحدِهما قبل إقامةِ البيِّنةِ فهي ٱمرأتُه لتصادقِهما، فإن أقامَ الآخر البيِّنة قضي بها؛ لرجحانِ البيِّنةِ على الإقرارِ، ولو تفرَّد أحدُهما بالدعوىٰ والمرأة تجحد وأقامَ البيِّنةَ وقضىٰ بها، ثم ٱدَّعىٰ آخر وأقامَ بيِّنةً علىٰ مثلِ ذلك لا يحكمُ بها؛ لانَّ القضاءَ بالبيِّنةِ الأولىٰ صحيحٌ فلا ينتقص بما هو مثله بل بما هو دونه؛ لعدم ٱتصالِ القضاءِ بالثانيةِ إلَّا أن تكونَ البيِّنةُ الثانيةُ أرّخت تاريخًا أسبقَ من الأولى المحكوم بها؛ لأنه ظهرَ الخطأ في الأول بيقينٍ، وكذا إذا كانت المرأةُ في يد الزوجِ ونكاحه ظاهرٌ لا يحكم ببيِّنةِ الخارجِ إلَّا علىٰ وجهِ السبقِ[1].

قال: (أو كلٍّ منهما أنه ٱشترىٰ هٰذا العبدَ من آخر وبرهنا يخير كلٌّ منهما، فإن شاءَ أخذ نصفَه بنصف الثمنِ وإلَّا تركَ).

وهٰذا لأنَّ القاضي يقضي به بينهما نصفين؛ لاستوائهما في سببِ الاستحقاقِ، فصار كالفضوليين يبيع كلٌّ منهما دار زيدٍ ويجيزُ المالكُ

---

(١) «فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٦٤-٣٦٥، و«الهداية» ٣/ ١٨٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٣٧، و«اللباب» ٤/ ٣٢.

البيعين، فإنه يتخير كلُّ واحدٍ منهما؛ لأنه تغيَّر عليه شرطُ عقدِه؛ لجوازِ أن تكونَ رغبتهُ في تملكِ الكلِّ فيرده ويأخذ كلَّ الثمنِ[(١)].

قال: (فإن قُضي به بينهما فقال أحدُهما: لا أختارُ لم يأخذ الآخر جميعَه).

لأنَّ القاضي لما قضىٰ به بينهما فقد قضىٰ عليه بالنصفِ فانفسخَ البيعُ لظهورِ ٱستحقاقِه بالبيِّنةِ لولا بيِّنةُ الآخر، بخلافِ ما لو قال ذلك قبل تخييرِ القاضي، حيث يسوغُ له أخذُ الجميعِ؛ لأنه يدعي الكلَّ ولم يفسخ سببُه[(٢)].

قال: (فإن وقَّتَ أحدُهما قدّمَ).

إذا أرخت إحدى البيِّنتينِ ولم تُؤرخ الأخرىٰ قدم صاحبُ التاريخِ؛ لأن بيِّنتَه تثبتُ ملكَهُ في ذلك الوقتِ المعينِ، والآخر يحتمل ثبوتَ الملكِ له قبل ذلك الوقتِ وبعده، ولا يقضىٰ له بالشكّ[(٣)].

(قال: (أو وقَّتا قُدّمَ الأسبق).

إذا ذكر كلُّ واحدٍ منهما تاريخًا قُدِّمَ أسبقُ التاريخينِ وحكمَ له به؛ لأنه أثبتَ ملكَه في المدعىٰ في زمانٍ لا منازِعَ له فيه فاندفعَ بها الآخرُ[(٤)].

---

(١) «الهداية» ٣/١٨٨-١٨٩، و«الاختيار» ٤/٣٨٧، و«البحر الرائق» ٧/٢٣٨، و«اللباب» ٤/٣٣.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٥٢، و«الهداية» ٣/١٨٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٧٢، و«اللباب» ٤/٣٣.

(٣) ينظر المراجع السابقة.

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٥٢، و«فتح القدير» ٨/٢٥٣، و«البحر الرائق» ٧/٢٣٨، و«اللباب» ٤/٣٣.

قال: (أو أهملا ومع أحدهما قبضٌ قُدّمَ).

إذا لم يذكرا تاريخًا، لكن العبد في يدِ أحدِهما وهو المرادُ بالقبضِ قُدّمَ صاحبُ اليد؛ لأن تمكنه من القبضِ دليلُ سبقِ الشراءِ؛ ولأنهما ٱستويا في الإثباتِ فلا تنتقضُ يدُه الثابتةُ بالشكِّ)[١][٢].

قال: (أو أحدهما شراءً والآخر هبةً وقبضا ولم يوقتا قدّمَ الشراءُ).

اثنان ٱدعىٰ أحدُهما أنه ٱشترىٰ هٰذِه العينَ من زيدٍ، وادَّعى الآخرُ أنه وهبَهُ إيَّاه وقبضَهُ منه (وأقام)[٣] بيِّنةً ولا تاريخ معهما فالشراءُ أولىٰ؛ لأنه أقوىٰ باعتبارِ أنه معاوضةٌ من الجانبينِ؛ ولأنَّ الشراءَ يثبتُ الملكَ بنفسِه والهبةُ تثبته بواسطةِ القبضِ، وحكمُ الصدقةِ مع القبضِ والشراءِ حكمُ الهبةِ مع الشراءِ، ولو ٱدَّعىٰ أحدُهما هبةً وقبضًا والآخرُ صدقة وقبضًا فهما سواء حتىٰ يقضي به بينهما؛ لاستوائِهما في التبرعِ، ولا ترجيحَ باللزوم؛ لأنَّ ذلك راجحٌ إلىٰ المآل[٤]، والترجيح[٥] يجب أن يكونَ لمعنىٰ موجودٍ في الحالِ، وهٰذا فيما لا يحتملُ القسمةَ صحيحٌ، واختلف فيما يحتملُ القسمةَ، فعند البعضِ يصحُّ؛ لأنَّ الشيوعَ طارئ، وعند البعض لا يصحُّ؛ لأنه لا تفيدُ الهبةُ في الشائعِ فائدتها وصار كإقامةِ

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من (ب).

(٢) «الهداية» ٣/ ١٨٩، و«البحر الرائق»٧/ ٢٣٩، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٧٢.

(٣) في (ج): (وأقاما).

(٤) في (ب): (المالك).

(٥) في (ب): (والراجح).

البيِّنتينِ على الأرتهانِ وهٰذا أصحُّ[١].

قال: (أو أحدهما شراءً وامرأةٌ أنه مهرها وبرهنا يحكم به بينهما ولها بنصفِ القيمةِ، وقدّمَ الشراءُ وحكم لها بكمالِها).

رجل ٱدَّعىٰ أنه ٱشترىٰ من زيدٍ هٰذا الشيء الذي هو في يدِه وأقامَ بيِّنةً علىٰ ذلك، وادعت المرأة أن زيدًا تزوجها علىٰ ذلك الشيءِ، وأقامتِ البيِّنةَ علىٰ ذلك.

قال أبو يوسفَ رَحِمَهُ اللهُ[١]: يقضىٰ به بينهما، ولها نصفُه وله نصفُه ويتمم لها صداقَها بنصفِ القيمةِ مع نصفِ العين لتساويهما في القوةِ، فإن كلًّا منهما عقدُ معاوضةٍ يثبت الملكَ بنفسِه.

وقال محمد رَحِمَهُ اللهُ[٢]: بيِّنة المشتري أولىٰ /١٥٠ب/ فيقضىٰ له بالمدعىٰ، ويقضىٰ للمرأةِ بالقيمةِ كاملة؛ لأنَّ العملَ بالحجج واجبٌ بقدرِ الإمكانِ، وقد أمكنَ بتقديم الشراءِ عملًا ببينته، وأمكن الحكمُ بقيمة المدعىٰ للمرأةِ؛ لأن التزوجَ علىٰ مملوكِ الغير صحيحٌ، فكان هٰذا عملًا بالحجتين معنىٰ، ولو سوَّينا بينهما كان تركًا للعملِ بهما في النصفِ، فكان تقديمُ الشراءِ أولىٰ[٣].

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ٥٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٧٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٧٣، و«اللباب»٤/ ٣٤.

(٢) «المبسوط» ١٧/ ٥٩-٦٠، و«الهداية» ٣/ ١٨٩-١٩٠، «البحر الرائق» ٧/ ٢٤٠، و«اللباب» ٤/ ٣٤.

(٣) «المبسوط» ١٧/ ٥٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧٩، و«الهداية» ٣/ ١٨٩-١٩٠، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٠، و«اللباب» ٤/ ٣٤.

قال: (أو رهنًا وقبضًا والآخر هبةً وقبضا وبرهنا قدّمِ الرهنُ).

وهٰذا ٱستحسانٌ والقياسُ أن تكون الهبةُ أولىٰ؛ لأنَّ الهبةَ عقد يوجبُ الملكَ والرهنُ لا يوجبُه، ووجه الٱستحسانِ أنَّ المقبوضَ بعقدِ الرهنِ مضمونٌ وبحكم الهبةِ غير مضمونٍ، وعقدُ الضمانِ أقوىٰ فيكون أولىٰ، وهٰذا بخلافِ الهبةِ المشروطةِ بالعوضِ؛ لأنَّ الهبةَ بشرط العوض بيعٌ في الٱنتهاء، والبيعُ أقوىٰ من الرهنِ؛ لأنَّ البيعَ عقدُ ضمانٍ يوجبُ الملكَ صورةً ومعنىٰ، والرهنُ لا يثبتُ الملكَ إلَّا عند الهلاكِ معنىٰ لا صورةً، فكذا الهبةُ بشرطِ العوضِ[1].

قال: (وإن برهنا الخارجان على الملكِ والتاريخ قدّم أسبقُها).

إذا ٱدَّعيا ملكًا في يدِ آخر، وأقاما البيِّنةَ ووقَّتا فصاحبُ التاريخِ الأسبقِ أولىٰ؛ لأن بينتَه تثبت أنه أوَّلهما ملكًا، ومن ضرورةِ ذلك أن لا يتلقى الثاني الملكَ إلَّا من قبلِه ولم يتلقه منه[2].

قال: (وإن ٱدَّعيا الشراءَ من واحدٍ، وأقاما البيِّنةَ علىٰ تاريخين قدِّم أسبقُهما).

وهٰذا يعني بالواحدِ غير ذي اليدِ لما تقدم أن صاحبَ التاريخِ الأسبقِ يثبت ملكُه في وقتٍ لا منازعَ له فيه[2].

---

(١) «فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٧٢، و«فتح القدير» ٨/ ٢٥٧، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤١، و«اللباب» ٤/ ٣٤.

(٢) «الهداية» ٣/ ١٩٠، و«درر الحكام» ٢/ ٣٤٦-٣٤٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٧٤، و«اللباب» ٤/ ٣٤.

قال: (أو كل منهما على الشراءِ من آخر وذكرا تاريخًا كانا سواء).

ولو كانت إحدى البيِّنتين وقتت وقتًا ولم توقت الأخرىٰ قضىٰ به بينهما نصفين؛ لأنَّ هٰذا التوقيتَ لا يدلُّ علىٰ تقدُّم الملكِ لجواز كون ملكِ البائعِ الآخر، أقدمَ بخلافِ المسألةِ التي تقدمت هٰذِه، وهي كون البائعِ واحدًا؛ لأنهما ٱتفقا علىٰ أنَّ الملكَ لا يتلقىٰ إلَّا من جهتهِ، فإذا أثبتَ أحدُهما تاريخًا يحكم به حتىٰ يتبينَ أنه تقدمه شراءُ غيرهِ. ولو ٱدَّعىٰ أحدُهما الشراءَ من رجلٍ والثاني الهبةَ والقبضَ من غيره، والثالثُ الميراثَ من أبيه، والرابعُ الصدقةَ والقبضَ من آخر، وأقاموا البيِّنةَ قضىٰ به بينهم أرباعًا؛ لأنهم يتلقونَ الملكَ من تلقيهم، فيجعل كأنهم حضروا وأقاموا البيِّنةَ على الملكِ المطلقِ[1].

قال: (أو الخارج علىٰ ملكٍ مؤرخٍ وذو اليدِ علىٰ ملكٍ أقدمَ كان أولىٰ).

إذا ٱدّعىٰ رجلٌ علىٰ ذي اليدِ أنَّ الملكَ الذي في يده له وأقامَ البيِّنةَ علىٰ ذلك، وادّعىٰ ذو اليدِ أنَّ الملكَ له وأقامَ بيِّنةً وتاريخُه أقدمُ كان ذو اليدِ أولىٰ، وهٰذا المذكورُ هو قولُ أبي حنيفة[2] وأبي يوسف[2] رحمهما الله ورواية عن محمدٍ[2]. وعن محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2] أنه رجعَ عن ذلك ورجَّحَ الخارجَ بناءً علىٰ أنَّ البيِّنتين هٰهنا علىٰ مطلقِ الملكِ دون جهتِه، فكان

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٧٢، و«الهداية» ٣/ ١٩٠، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٢.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٥٣، و«المبسوط» ١٧/ ٦٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٧١، و«اللباب» ٤/ ٣٥.

التقدُّمُ والتأخر فيه سواء، ووجه قولهما أن البيِّنَةَ مع التاريخ تتضمن دفعَ دعوى الخارجِ، فإنَّ الملكَ إذا ثبتَ لواحدٍ في وقتٍ فثبوته بعد ذلك الوقتِ لغير ذلك الشخصِ يستلزمُ التلقي منه، وبينةُ ذي اليد على الدفعِ مقبولةٌ، وعلىٰ هٰذا الخلافِ إذا كان المدعىٰ في أيديهما[١].

قال: (أو كلٌّ منهما على النتاج قدِّمَ ذو اليد).

إذا أقام الخارجُ وذو اليد كلٌّ منهما بيِّنةً على النتاجِ فذو اليد أولىٰ؛ لأن بيِّنَته قامت علىٰ ما لا دلالةَ لليدِ عليه فاستويا ورجحت بيِّنةُ ذي اليد فيقضىٰ بها، وهٰذا هو الصحيحُ خلافًا لما ذهبَ إليه عيسىٰ بن أبان رَحِمَهُ اللهُ[٢] من أن البيِّنتين تهاترتا وتترك في يدِ ذي اليد بغير قضاءٍ، ولو كان كلٌّ منهما قد تلقى الملكَ من رجلٍ وأقامَ البيِّنةَ على النتاجِ عنده فذلك بمنزلةِ إقامتها على النتاجِ في يد نفسهِ[٣].

قال: (أو أحدُهما على الملكِ والأخرُ على النتاج قدّمَ هٰذا).

إذا أقامَ أحدُهما بيِّنةً على الملكِ والآخر بيِّنةً على النتاجِ، فصاحب النتاج أولىٰ أيهما كان؛ لأن بيِّنة صاحبِ النتاج تثبت أوليةَ الملكِ له، ولا تثبت للآخر إلَّا بطريق التلقي من جهته، ولو كان الدعوىٰ بين خارجين فأقامَ أحدُهما البيِّنةَ على النتاجِ قدم لما قلنا، فلو قضىٰ بالنتاج لدى اليد فأقامَ ثالثٌ البيِّنة على النتاجِ يقضي له، إلَّا أن يعيدَ ذو اليد

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٥٣، و«المبسوط» ١٧/ ٦٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٧١، و«اللباب» ٤/ ٣٥.

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) «المبسوط» ١٧/ ٦٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٧٣، و«الهداية» ٣/ ١٩١، و«اللباب» ٤/ ٣٥.

البينةَ؛ لأن الثالثَ لم يصر مقضيًّا عليه بالقضاءِ الأولِ فساغت الدعوىٰ، وكذلك المقضىٰ عليه بمطلقِ الملك إذا أقامَ البيِّنةَ على النتاجِ قبلَ بيِّنته ونقض القضاء؛ لأنَّ هٰذا بمنزلةِ النَّصِّ[١].

قال: (أو علىٰ نسجٍ لا يعاد أو سببٍ في الملك لا يتكررُ قدِّمَ).

إذا أقامَ البيِّنة على النسجِ في الثياب التي لا تنسجُ إلَّا مرَّة واحدة كغزلِ القطنِ قدمت البيِّنة به، وكذلك كلُّ سببٍ في الملكِ لا يتكرر؛ لأنَّ ذلك في معنى النتاجِ كحلبِ اللبنِ واتخاذِ الجبنِ واللبدِ[٢] والمرعزي[٣] وجزِّ الصوفِ، وأمَّا إذا كان يتكررُ يقضىٰ به للخارجِ كالملكِ المطلقِ، وذلك مثل الجزِّ والبناءِ والغرسِ وزراعةِ الحنطةِ والحبوبِ، فإن أشكلَ الحالُ في تعرفِ ذلك اعتمدَ في كشفهِ علىٰ أهلِ الخبرةِ به، فإن أشكلَ علىٰ أهلِ الخبرةِ أيضًا قضىٰ به للخارج /١٥١أ/ لأنَّ القضاءَ ببيِّنةِ الخارجِ هو الأصلُ، والعدولُ عنه إلىٰ بيِّنةِ ذي اليد يجيزُ النتاجَ،، فإذا لم يعلم رجع إلىٰ ما هو الأصلُ[٤].

---

(١) «بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧٣، و«الهداية» ٣/ ١٩١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٣، و«جامع الفصولين» ١/ ٧٩، و«اللباب» ٤/ ٣٦.

(٢) اللبد: الصوف. «الصحاح» ص ٩٣٤ مادة لبد.

(٣) المرعزي: هو الصوف يخلص من بين شعر العنز، انظر «تهذيب اللغة» (٣/ ٣٤٤).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٥٣، و«المبسوط» ١٧/ ٦٤-٦٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٧٣، و«اللباب» ٤/ ٣٦.

قال: (أو كل منهما على النتاجِ عنده ووقَّتا، وسن الدابة يوافقُ أحدَ الوقتين حكم به، فإن أشكلَ كانت بينهما أو خالفهما بطلتا).

رجلان ٱدَّعىٰ كل واحدٍ[١] منهما أن هٰذِه الدابةَ نتجت عنده وأقامَ بذلك بيِّنةً وذكرا تاريخًا فلا يخلو إمَّا أن يوافقَ سنُ الدابةِ أحدَ التاريخين أو يخالفهما أو لا يعلم الحالُ، فإن وافقَ أحدَ التاريخينِ فهو أولىٰ بشهادةِ الحالِ له فتترجح بيِّنتُه، وإن أشكلَ ذلك فلم يعلم الحالُ فيه كانت بينهما؛ لأنه سقطَ التوقيتُ فصار كما إذا لم يذكرا تاريخًا، وأمَّا إذا خالف سنُ الدابةِ كلَّ واحدٍ من التاريخين، قال الحاكمُ الشهيد: بطلت البيِّنتان وتترك في يدِ من هي في يدِه؛ لظهور كذب الفريقينِ في شهادتِهما، وهٰذِه من الزوائدِ[٢].

قال: (أو الخارج على الملكِ المطلقِ وذو اليدِ على الشراءِ منه قُدِّم الشراءُ).

لأن بيِّنةَ الخارجِ وإن كانت تثبتُ أوليةَ الملكِ وعلى الشراءِ له لٰكنَّ بيِّنةَ ذي اليدِ تثبت التلقي منه ولا تنافي بين البيِّنتين (حينئذٍ فصار كما إذا أقرَّ المنكرُ أنه زاد على الشراءِ منه)[٣][٤].

---

(١) من (ج).

(٢) «المبسوط» ١٧/ ٦٥-٦٦، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٧٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٣، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٢٧٥-٢٧٦.

(٣) من (ج).

(٤) «المبسوط» ١٧/ ٦٠-٦١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٧٣، و«الهداية» ٣/ ١٩٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٥، و«اللباب» ٤/ ٣٦.

قال: (أو كل منهما على الشراء من صاحبه ولم يوقِّتا تهاترتا، ورجحّ ذا اليد إن برهنا على القبضِ، وإلَّا فالخارج).

إذا ٱدَّعى الخارجُ علىٰ ذي اليدِ أنه ٱشترىٰ منه هٰذِه الدارَ التي في يده بكذا من الثمنِ وأقامَ بيِّنةً علىٰ ذلك، وأقام ذو اليدِ البيِّنة أنه ٱشترىٰ من الخارج ملكَ الدارِ بكذا من الثمنِ.

قال أبو حنيفة[١] وأبو يوسف[١] رحمهم الله: تهاترت البيِّنتانِ فتجعل الدارُ في يدِ من هي في يدهِ.

وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٢]: إن لم يذكرا قبضًا ولم تقم البيِّنة عليه حكم به للخارجِ، وإن ذكراه حكمَ لذي اليدِ؛ لأنَّ العملَ بهما واجبٌ ما أمكن وقد أمكن. ووجهه أن يجعلَ عند ٱنتفاءِ ذكرِ القبضِ كأنَّ صاحبَ اليدِ ٱشتراها من الخارجِ أولًا وقبض، ثم باعها إياه فيجب عليه تسليمُها إليه فيؤمر بذلك، وهٰذا أولىٰ من أن يجعلَ كأن الخارجَ ٱشتراها أولًا من ذي اليدِ وقبضِ ثم باعها من ذي اليدِ؛ لأنَّ قبضَ الخارجِ غيرُ ثابتٍ بعيان ولا بينةٍ، فكان منتفيًا بالأصلِ، وبيعُ العقارِ قبلَ القبضِ لا يجوز عند محمدٍ[٢]، وأمَّا إذا قامت بيِّنةُ كلٍّ منهما على الشراءِ مع القبضِ يقضىٰ بالعقدين، ويجعلُ القبضُ المعاين آخر القبضين، فيجعل كأن الخارج ٱشتراها أولًا وقبض ثم باعها من ذي اليدِ وسلَّم إليه، وهٰذا أولىٰ من أن يجعلَ كأن ذا اليدِ ٱشتراها أولًا وقبض ثم باعها الخارجُ

(١) «الهداية» ٣/ ١٩٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٧، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٥-٢٤٦، و«اللباب» ٤/ ٣٦.

(٢) «المبسوط» ١٧/ ٦٠-٦١، و«الهداية» ٣/ ١٩٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٧، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٥-٢٤٦، و«اللباب» ٤/ ٣٦.

وسلَّم إليه ثم ٱستولىٰ على الدارِ، فيؤمر بتسليمها إلى الخارجِ ضرورة الٱفتقارِ هنا إلىٰ نقض القبضِ المشاهدِ بغيرِ دليلٍ؛ فلذلك يجعل كأنَّ الخارجَ ٱشتراها أولًا ثم باعها من ذي اليدِ فيقضىٰ بها لذي اليدِ؛ ذلك لاستحقاقِه ذلك بالبيِّنة.

ولهما: أنَّ الإقدامَ على الشراءِ إقرارٌ منه بالملكِ للبائعِ، فصار كأن البيِّنتين قامتا على الإقرارين وفي ذلك التواترِ بالإجماعِ، فكذا هنا[1].

قال: (وإن ٱدَّعيا عينًا في يدِ آخر ميراثًا أو ملكًا مطلقًا وأرَّخا فهو لأسبقِهما وتاريخ أحدهما ملغي، ويحكم له به في قوله الآخر. وألغي التاريخُ في الإرثِ مطلقًا وحكم لأسبقهما، وللساكتِ عنه، وإن كان في الملكِ في يدهما أو يدِ أحدهما ألغاه مطلقًا، ووافق الإمام في رواية).

قال أبو حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2]: إذا ٱدَّعىٰ رجلان عينًا كلُّ واحدٍ منهما أنه ملكٌ مطلق له أو إرثٌ من أبيه وأقاما البيِّنة علىٰ ذلك، فإن ذكرا تاريخًا وأحدُ التاريخين أسبقُ حكم للأسبقِ منهما؛ لأنه قد أثبتَ الملكَ لنفسهِ في وقتٍ لا منازعَ له فيه، وإن أرَّخ أحدُهما دون الآخر فلا ٱعتبار بتاريخه؛ لجواز أن يكونَ تاريخُ الآخِر لو أرَّخ أسبقَ منه، وكان أبو يوسفَ[3]

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ٦٠-٦١، و«الهداية» ٣/ ١٩٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٧، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٥-٢٤٦، و«اللباب» ٤/ ٣٦.

(٢) «المبسوط» ١٧/ ٤٣-٤٤، و«الهداية» ٣/ ١٩٢-١٩٣، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٧، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤١-٢٤٢، و«اللباب» ٤/ ٣٦.

(٣) «المبسوط» ١٧/ ٤٣-٤٤، و«الهداية» ٣/ ١٩٢-١٩٣، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٧، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤١-٢٤٢.

يقول أولًا: لا عبرةَ بالتاريخ أصلًا سواء أرَّخا أو أرخَّ أحدهما دون الآخرِ، ثم رجع عن ذلك، فقال: إذا أرَّخا قضىٰ به للأسبق منهما لما قلنا لأبي حنيفة، وإن أرَّخَ أحدُهما حكمَ له به، فالخلافُ في تاريخِ أحدِهما، أما إذا أرخا جميعًا فهو للأسبقِ منهما عنده في قوله المرجوعِ إليه كما هو مذهبُ الإمام. ووجه الحكمِ للمتفردِ بالتاريخِ أنه يثبت ملك نفسهِ من حين تاريخه، والذي لم يؤرخ يثبت ملكه للحالِ يقينًا وفي ثبوتهِ الوقتُ الذي عينه صاحبه بذلك فلا يعارضه.

وروىٰ أبو حفص عن محمدٍ[1] أنه قال مثل قولِ أبي حنيفةَ[1] في الميراثِ والملكِ المطلقِ جميعًا، وقد تقدم وجهُهُ.

وروىٰ أبو سليمان[2] عنه أنه قال في دعوى الميراث: لا عبرةَ لتاريخهما ولا لتاريخ أحدِهما، ويجعل كأنهما أطلقا؛ لأنهما لا يدَّعيان الملكَ لأنفسِهما بل يدعيانه لمورثِهما ثم ينقلانه إلىٰ أنفسِهما، ولا تاريخَ في ملكِ المورثين فاستويا في ذلك، فأمَّا في دعوى الملكِ المطلقِ، فإن أرَّخا فهو لأسبقهما تاريخًا؛ لما مرَّ في قولِ أبي حنيفةَ[3] وأبي يوسفَ[3]، وإن أرَّخ أحدُهما فإن كانت العينُ المدعىٰ بها في يدِ ثالثٍ قضىٰ للساكتِ عن التاريخِ، لأنَّ المؤرخَ يقتصرُ علىٰ وقتِ التاريخ، والمطلقُ يثبت الملكَ من الأصلِ؛ ولهٰذا يرجع الباعةُ بعضهم علىٰ بعضٍ ويستحق الزوائدَ المنفصلةَ فكان المطلقُ منهما /١٥١ب/ أسبقَ تاريخًا فيقضىٰ له، وإن كانت العينُ في يدهما أو يدِ أحدِهما فلا عبرةَ لتاريخِ

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ٤٣١، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٢.

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) «المبسوط» ١٧/ ٤٣١.

أحدِهما؛ لأنَّ المطلقَ إن كان ذا اليدِ لم تقبل بيِّنتُه؛ لأنَّ يَده تدل على الملكِ المطلقِ، فكانت بيِّنةُ الخارجِ هي المقبولةُ، وإن كان هو المؤرخُ فهو محتاجٌ إلى الملكِ المؤرخِ؛ لأنَّ يدَه لا تدل عليه فيجب قبولُ بيِّنتهِ على الخارجِ، ويجب قبول بيِّنةِ الخارجِ إلَّا أن الخارجَ أولىٰ؛ لأنه أسبقُ تاريخًا، وإن كانت العينُ في يدهما فالذي لم يؤرخ لا تقبل بيِّنتُه؛ لأنَّ يدَه تدل عليه بغير بيِّنةٍ، والذي أرَّخ يجب قبول بيِّنته؛ لأنَّ يدّه لا تدل على التاريخِ إلَّا أنه لا يمكن قبولها؛ لأنَّ الآخر أسبقُ تاريخًا فصار كما لو لم يقيما بيِّنةً فيقضىٰ بينهما بتساويهما في اليدِ[١].

قال: (ولو تنازعا دابة أو قميصًا أحدهما راكبها أو لابسه كان أولىٰ ممن تعلق بلجامها أو كمه).

لأنَّ الركوبَ واللبسَ أظهرُ تصرفًا، فكان أدلَّ على الملكِ، ولو كان أحدُهما راكبًا في السرجِ والآخر رديفٌ له فالراكبُ أولىٰ، ولو تساويا في الركوبِ كانت[٢] بينهما لا ستوائهما في التصرفِ، وكذلك لو كان المتنازعُ فيه بعيرًا ولأحدهما عليه[٣] حِملٌ كان هو الأولىٰ لظهورِ التصرفِ المختصِّ بالملكِ[٤].

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ٤٣١.

(٢) في (أ): (كأن).

(٣) من (ج).

(٤) «الهداية» ٣/ ١٩٣-١٩٤، و«الاختيار» ٢/ ٣٨٨، و«الجامع الكبير» ١٢٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٧٨، و«اللباب» ٤/ ٤٤.

قال: (أو حائطا أو خصًّا والوجه أو القمط إلىٰ أحدهما فهو بينهما وقالا: لمن إليه الوجه والقمط).

إذا تنازعَ رجلان في حائطٍ ووجهه إلىٰ أحدِهما أو تنازعا في خصٍّ[١] وقمطه إلىٰ أحدهما ولا بيِّنةَ لهما فالحائطُ والخصُّ بينهما عند أبي حنيفة[٢].

وقالا[٢]: هو -أي الحائطُ والخصُّ- لمن الوجه والقمطُ إليه، والقِمطُ -بكسر القاف- ما تشد به الأخصاصُ ومنه معاقدُ القمطِ.

لهما: أنَّ الظاهرَ شهدَ له، فيكون القولُ قولَه كالاتصالِ بالتربيعِ بأن يكونَ طرفُ الحائطِ المتنازعِ فيه متداخلًا في طرفِ الحائطِ المملوكِ من أسفله إلىٰ أعلاه.

وله[٢]: أنهما متساويان في اليدِ والدعوىٰ ولا ترجيح بالقمطِ، فقد يجعل إلى الجارِ، وكذلك قد يحسن وجه الحائطِ لأنه بمرأى العين، فلا يصلحُ ذلك مرجحًا.

قال: (وكلّ من صاحب علو وسفل ممنوع من التصرف فيه إلَّا بإذن الآخر، وأجازاه إن لم يُضِر بِه).

إذا كان علو لرجلٍ وسفله لآخر فليس لصاحبِ السفلِ أن يتِد فيه وتدًا أو يدخلَ فيه جذعًا أو ينقبَ كوةً بدون إذنِ صاحبِ العلو، وكذلك صاحبُ العلوِّ لا يبني عليه كنيفًا ولا يضع جذعًا بدون إذنِ صاحبِ السفلِ.

---

(١) الخص: البيت من القصب «المصباح المنير» ص ١٠٥ مادة خصص.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٥٤- ٣٥٥، و«المبسوط» ١٧/ ٨٧-٩١، و«فتح القدير» ٨/ ٢٨٤-٢٨٨، و«درر الحكام» ٢/ ٣٥٠.

وقالا[١]: له ذلكَ إذا لم يكن ضررٌ ظاهرٌ؛ لأنه يتصرفُ في ملكه ولا ضررَ فيه علىٰ غيره.

وله[٢]: أن ملكَه قد تعلقَ به حقُّ غيره، وليس للمالكِ أن يتصرفَ في ملكه إذا كان فيه حقُّ غيره بدون إذنه؛ كالراهنِ لا يتصرفُ في المرهونِ إلَّا بإذنِ المرتهنِ، وعلل في كتابِ «الحيطانِ» لأبي حنيفة[٣] أنَّ المستحقَّ علىٰ صاحبِ السفلِ يبني بعينه لصاحبِ العلوِّ فلا تجوز الزيادةُ علىٰ ذلك، كمن ٱستأجرَ جملًا ليحملَ عليه ألفَ منٍّ لا يجوز أن يزيدَ علىٰ ذلك قليلًا ولا كثيرًا، وعلل لهما أن ما لا يتمانعُ في العادةِ ولا يبين ضررُه يجوز كالسطيحةِ والفضاءِ مع الراكب على الجملِ. قال: وكان أبو بكر الخوارزمي يفتي في المسألتينِ بقولِ أبي يوسف[٢] ومحمد[٢]، وكذلك الخلافُ في البيتِ يكون سفله لرجلٍ وعلوه لآخر فعنده لا يجوز لصاحبِ السفلِ أن يهدمَ سفله، وليسَ لصاحبِ العلوِ أن يبني علىٰ علوه عنده خلافًا لهما[٢].

---

(١) «الجامع الصغير» ٣٨٤، و«مختصر الطحاوي» ٣٥٥، و«المبسوط» ١٧/ ٨٧-٩١.

(٢) «الجامع الصغير» ٣٨٤، و«مختصر الطحاوي» ٣٥٥، و«المبسوط» ١٧/ ٩١.

(٣) «الجامع الصغير» ٣٨٤، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٤١٨، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٨٠.

فصل

قال: (وإذا كانت تركة في يد زيدٍ فجاء أحدُ الزوجين (فصدقه زيد يأمره بإعطاءِ أقل النصيبين لا أكثرهما).

رجلٌ في يده مالٌ زعم أنه تركة فلانٍ، فجاء أحدُ الزوجينِ)[١] فطلب نصيبَه من التركةِ، فاعترف ذو اليدِ بالزوجيةِ وصدقه علىٰ ذلك، فإن كان المدعي هو الزوجُ يعطيه الربعَ، وإن كان هو الزوجةُ يعطيها الثمنَ عند أبي يوسف[٢].

وقال محمد رحمه الله[٢]: يعطي الزوجَ النصفَ، والزوجةَ الربعَ؛ لأنَّ سببَ الاستحقاقِ ظاهر بتصادقهما والمزاحمُ منتفٍ، فوجب إكمالُ النصيب وصار كما لو ثبت بالبيِّنة ولم يظهر وارثٌ وقال الشهودُ: لا نعلم له وارثًا آخر.

ولأبي يوسف رحمه الله[٢]. أنَّ أقلَّ النصيبين هو المتيقنُ به والزائدُ عليه مشكوكٌ فيه فيعطىٰ ما هو المتيقنُ به.

قال: (ولا يشترط جر الميراث).

رجل ادّعىٰ هٰذِه الدارَ أنها ملكه، فشهد شاهداه[٣] أنَّ هٰذِه الدارَ كانت لأبيه أو لجده، وهٰذا ابنه أو ابن ابنهِ لا وارثَ له غيره.

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٣٥٢-٣٥٣، و«مختصر الطحاوي» ٣٤٠، و«المبسوط» ١٧/ ٥٣.

(٣) في (أ): (شاهداه).

قال أبو حنيفة[١] ومحمد[١] رحمهما الله: لا يثبت المدعىٰ حتىٰ يجَّر الميراث فيقولا: مات وتركها ميراثًا له. وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[١]: يثبتُ ولا حاجة إلىٰ جرِّ الميراثِ؛ لأنهما أثبتا أنها كانت لأبيه أو (لجدِّه، وأثبتا أن المدعي وارثه)[٢] وأثبتا سببَ زوالِ الملكِ عن المورثِ وهو الموتُ فينتقل إلى الوارثِ ضرورةً، فقد شهدا له بالملكِ.

ولهما: أنَّ موافقةَ الشهادةِ الدعوىٰ شرطُ ثبوتها ولا موافقةَ، فإن المدعي يدعي الدارَ ملكًا لنفسه وهما يشهدان بالملكِ لغيره، وليس ملكُ الوارثِ عينَ ملكِ المورثِ؛ لأنَّ ملكَ المورثِ يتجددُ في العينِ، ولهٰذا فإنَّ التركةَ لو كانت صدقةً حلَّ للوارثِ الغني تناولها، ولولا تجددُ ملكه لما جازَ، فكان ملكُ الوارثِ ملكًا جديدًا، فلا بدَّ من إثباتِه له /١٥٢أ/ لتوافق الشهادةُ الدعوىٰ، وذلك بإثباتِ الانتقالِ إليه بأن يشهدَ أنه مات وتركها ميراثًا له، وشهد بأنها كانت ملكَ مورثِهِ عند موته ليصحَّ الانتقالُ، أو يشهدا بما هو دليل الملكِ، وهو اليد عند الموتِ[١].

قال: (والمدعي أنه ابن هٰذا الميتِ إذا لم يقل شهوده: لا نعلم له وارثًا غيره لا يؤخذ منه كفيل).

إذا ادعىٰ رجلٌ أنّه ابن هٰذا الميتِ وأنه وراثُه، وأقامَ بينةً علىٰ ذلك، فقال شهودُه: نشهدُ أنه ابن هٰذا الميتِ وأنه وارثُه، ولم يقولوا: لا نعلم له وارثًا غيره حتىٰ يلزمَ القاضي زمانًا، فلم يظهر له وارثٌ آخر، فدفع إليه المال لا يؤخذ منه كفيلًا.

---

(١) «المبسوط» ١٧/٤٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٦٠-٣٦١، و«الهداية» ٣/ ١٤٣، و«البحر الرائق» ٧/ ١١٨.

(٢) بياض في الأصل والمثبت من (ب)، (ج).

وقالا[١]: يؤخذ كفيلًا ٱحتياطًا؛ لأنه قد يكونُ له وارثٌ آخر فيحضر، فتيسر إحضارُه في مجلسِ القضاءِ بواسطةِ مطالبةِ الكفيلِ بهِ، ففي ذلك نظرٌ للغائبِ إن كان.

وله[١]: أن هٰذا الشيء ٱحتاط له القضاءُ وأنه ظلمٌ؛ لأنه قد لا يجد من يتكفل عنه، أو يجد إلَّا أن يتأخرَ وجودُه فيكون فيه منعُ حقهِ مع توجههِ أو تأخيرهِ لأمرٍ موهومٍ، وأنه لا يجوز.

قال: (ولو برهن أنَّ هٰذِه الدارَ ميراث له ولأخيه الغائب لا وارث له غيرهما فالقاضي يحكم له بحصته ويترك حصة الغائبِ مع ذي اليد. وقالا: إن أنكر وضعت الحصةُ في يد عدلٍ).

رجل ٱدعىٰ أنَّ هٰذِه الدارَ التي في يد زيد تركةٌ له ولأخيه الغائبِ، وأقامَ البينةَ أن أباه ماتَ وتركها ميراثًا بينه وبين أخيهِ الغائبِ، ولا وارثَ له غيرهما.

قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٢]: يعطي له الحصة ويترك نصيبَ أخيهِ في يد مَنْ الدارُ في يده.

وقالا[٢]: إن كان ذو اليدِ منكرًا أخرجَ نصيبَ الغائبِ من يده ووضعه في يدِ عدلٍ. قيل: الأختلافُ في جواز القضاءِ (بنصفه)[٣] للغائبِ، فعندهما يقضىٰ له.

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ٤٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٦٠، و«الهداية» ٣/ ١٢٤.

(٢) «المبسوط» ١٧/ ٤٧-٤٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٠٧، و«الهداية» ٣/ ١٢٥-١٢٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٤٦.

(٣) في (ج): (بنصفها).

وعنده(١) لا يقضىٰ. وقيل: بل الاختلافُ في نزعِ حصتِه من يدِ ذي اليدِ والترك فيها.

لهما(١): على القولِ الأولِ أنَّ الواحدَ يصلحُ خصمًا عن المورثِ في إثباتِ حقِّهِ، فيثبت للميتِ ثم ينتقلُ منه إلى الورثةِ، فإذا جاز القضاءُ وجب النزعُ من يده؛ خوفًا عن إنكارِه.

وله: أنَّ الوارثَ خصم عن الميتِ لا عن غيرِهِ من الورثةِ فلا يملك إثبات الملكِ لمن غابَ منهم.

ولهما: على القولِ الثاني أنه لو تركَ نصيبَ الغائبِ في يدِ ذي اليدِ فعسىٰ أن ينعزل هٰذا القاضي أو يموتَ ويحضرُ الغائبُ وينكر ذو اليد فيتعسر عليه إثباتُه، فالنظر للغائبِ في ٱنتزاعِ نصيبه من يدِه ووضعه في يدِ عدلٍ. وله أنَّ الغائبَ قد يكونُ راضيًا أن يكونَ نصيبُه في يدِ ذي اليدِ فلا ينزع بالشكِّ، والعقارُ لا يخافُ عليه التوى(٢)، لأنه محفوظٌ بنفسِهِ.

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ٤٧-٤٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٠٧، و«الهداية» ٣/ ١٢٥-١٢٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٤٦.

(٢) التوى: الهلاك. «المصباح المنير» ص ٥٢ مادة توىٰ.

فصل في دعوى النسب

قال: (ولو ٱدعىٰ ولدَ جاريةٍ باعها وقد أتت به لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ من حين البيعِ ثبت نسبُه منه وكانت أمَّ ولده، وفسخَ البيع، وردَّ الثمن).

رجلٌ باع جاريةً فجاءت بولدٍ فادعاه البائعُ، فإن جاءت به لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ من يومِ باعها فالولدُ ولدُه، والجاريةُ أمُّ ولدٍ له، ويُفسخُ البيعُ ويُردّ الثمنُ، وهٰذا المذكورُ هو الٱستحسانُ والقياسُ -هو قول زفر[١] والشافعي[٢] رحمهما الله- أنَّ هٰذِه الدعوىٰ باطلةٌ؛ لأنَّ إقدامَه على البيعِ ٱعترافٌ بأنَّ المبيع[٣] على العبوديةِ وكان في دعواه مناقضًا، وإذا لم تصح الدعوىٰ لا يثبتُ النسب؛ لأنه ينبني عليه، ووجه الٱستحسانِ أنَّ الظاهر عدم الزنا، واتصال العلوقِ بملكه شهادة ظاهرة بكون الولدِ منه؛ ومبنى النسبِ على الخفاءِ فيعفىٰ عن هٰذا التناقضِ فيه، ومتىٰ صحتِ الدعوى ٱستندت إلىٰ دعوىٰ (وقت العلوق)[٤]، فتبين أنه قد باعَ أمَّ ولدِه فيفسخُ البيعُ؛ لأنه لا يجوز بيعُها، ويرد الثمنُ، لأنه مقبوضٌ بغيرِ حقٍّ[٥].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٥٥، و«الهداية» ٣/ ١٩٥-١٩٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٩، و«اللباب» ٤/ ٥١.

(٢) «التنبيه» ١٩٠-١٩١.

(٣) في (ج): (البيع).

(٤) من (ج).

(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٥٥، و«الهداية» ٣/ ١٩٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٩، و«اللباب» ٤/ ٥١.

قال: (وتقدم علىٰ دعوى المشتري).

إذا ٱدعاه المشتري مع دعوى البائعِ أو بعد دعواه فدعوى البائعِ أولىٰ؛ لأنها أسبقُ حيث تستندُ إلىٰ وقتِ العلوقِ، ودعوى المشتري دعوى ٱستيلادٍ، وهي متأخرة عن دعوى البائعِ، فيقدم الأقدمُ[١].

قال: (وإن أتت به لأكثرَ من سنتينِ من حينِ باعَ لم تصح دعواه إن صدقه المشتري ثبت، ولا يفسخُ البيعُ).

الجاريةُ المبيعة[٢] إذا أتت بولدٍ لأكثرَ من سنتينِ من يومِ باعَها مولاها فادعى الولد لا يصح؛ لعدمِ ٱتصالِ العلوقِ بملكه يقينًا، واتصالُ العلوقِ هو الشاهدُ الظاهرُ، فإن صدقه المشتري في دعواه ثبت نسبُ الولد منه، وحمل علىٰ أنَّ البائعَ ٱستولدَ الجاريةَ بالنكاحِ، ولا يبطل البيعُ لتيقننا أنَّ العلوقَ لم يصادف ملكه، فلم تثبت حقيقةُ العتقِ ولاحقُّ العتقِ، وهٰذِه دعوىٰ تحرير والمالك غيره فلم تعتبر. ولو أتت به لأكثرَ من ستةِ أشهرِ من يومِ باعَ ولأقلَّ من سنتينِ لم تصح دعوى البائع فيه إلَّا أن يصدقه المشتري؛ لاحتمالِ أن لا يكون العلوقُ في ملكه فلم تتم الحجةُ، فافتقر الحالُ إلى التصديقِ، ثم إذا صدقه المشتري ثبتَ النسبُ، وبطل البيعُ، والولدُ حرٌّ وأمه أمُّ الولدِ كما في المسألة الأولىٰ؛ لتصادقهما مع ٱحتمالِ أن يكونَ العلوقُ في ملكِه[٣].

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ١٠٢، و«الهداية» ٣/ ١٩٦، و«الاختيار» ٢/ ٣٩٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٨٢.

(٢) من (ج).

(٣) «الهداية» ٣/ ١٩٦، و«الاختيار» ٢/ ٣٩٥، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٨٢.

قال: (وإن ٱدعاه بعد موتِهِ وقد أتت به لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ لم يثبت الأستيلادُ).

معناه في الأمِّ أنَّ الأمَّ تابعٌ للولد، والولدُ لم يثبتُ نسبه بعد موتِهِ؛ لعدم حاجتِهِ إلىٰ ذلك بعد الموتِ والبيعُ ، وإنما يثبتُ حكمه بعد ثبوتِ حكمِ الأصلِ[١].

قال: (أو بعد موتها أو عتقها ثبت نسبه وأخذه، وعليه ردُّ كلِّ الثمنِ، وقالا: ردُّ حصتِه).

إذا ٱدعى البائعُ ولدَ الجاريةِ المبيعةِ بعد موتها أو عتقها ثبت نسبُه، وقد أتت به لأقلَّ من ستةٍ أشهرٍ ولم يصرح في المتنِ بهٰذا القيدِ ٱكتفاءً به في سابقتها. والمسألة واحدة، ولدلالةِ ما سبقَ من المسائلِ علىٰ ثبوت النسبِ، وبطلانُ البيعِ ينبني علىٰ شهادةِ الظاهرِ؛ لحصول العتقِ في الملكِ، وذلك مستلزمٌ لكون المدةِ أقلَّ من ستةِ أشهرٍ، فيأخذه البائعُ؛ لأنه ولدُه؛ وهٰذا لأنَّ الولد[٢] أصلٌ في النسبِ فلا يضره موتُ أمهِ وهي تبع، وإلا كان الولدُ أصلًا؛ لأنَّ الأمَّ تضافُ إليه فتقام أم الولدِ، وحريتها مستفادةٌ من جهةِ الولدِ. قال ﷺ: «**أعتقها ولدها**»[٣] ولأنَّ الثابتَ لها حقُّ الحريةِ وله حقيقةُ الحريةِ، والأدنىٰ تابعٌ للأعلىٰ، ثم الواجبُ ردُّ كلِّ الثمنِ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٤].

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٩٦، و«الاختيار» ٢/ ٣٩٥، و«درر الحكام» ١٢/ ٣٥.

(٢) في (أ): (المؤاخد).

(٣) رواه ابن ماجه (٢٥١٦) والدارقطني ٤/ ١٣١، والحاكم ٢/ ٢٣. وقال الذهبي في «التلخيص»: حسين متروك. وضعفه الألباني في «ضعيف ابن ماجه».

(٤) «المبسوط» ١٧/ ١٠٣، و«الهداية» ٣/ ١٩٦، و«الاختيار» ٢/ ٣٩٥، و«اللباب» ٤/ ٥٣.

وعندهما[١]: رد حصةِ الأمِّ.

وهٰذا الخلافُ ينبني علىٰ تقوم أمِّ الولدِ كلما لم ينقض البيع في الجاريةِ؛ لقيامِ المانعِ وهو الموتُ أو العتقُ من المشترىٰ ويسلم له عندهما ما بإزائها من الثمنِ، وعنده لما لم يكن لماليتها تقوم لا يكون بإزائها شيء من الثمنِ فلم يسلم له شيء من الثمنِ فيرد جميعَه.

قال: (ولو باعها المشتري فاستولدها الثاني فاستحقت يضمنُ قيمةَ الولدِ ورجع بالثمنِ فبائعها لا يرجع على الأولِ إلَّا بالثمنِ. وقالا: يرجع به وبقيمتِه).

رجلٌ باعَ جاريةً فباعها المشتري من آخرَ فاستولدها المشتري الثاني ثم ٱستحقت بعدَ ذلك وضمنَ قيمةَ الولدِ فيرجع بثمنِها علىٰ بائعِه وهو المشتري الأولُ:

قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١]: لا يرجع المشتري الأولُ على البائعِ الأولِ إلَّا بالثمنِ لا غير.

وقالا[١]: يرجعُ عليه بالثمنِ وبقيمةِ الولدِ؛ لأنَّ المشتري الثاني يرجعُ بالثمنِ وبقيمةِ الولدِ لمكانِ الغرورِ، فكذا هو يرجعُ على الأولِ بهما؛ لأنه ضمنَ سلامة المبيع لمشتريه بالثمنِ وبقيمة الولدِ، كما أنَّ هٰذا ضمنَ سلامته لمشتريه، وكما أنَّ مشتري هٰذا يرجعُ بهما، فكذلك يرجعُ هو علىٰ بائعِه بهما. وله أنَّ البائعَ ضمن سلامتها لمشتريه وسلامةَ الحاصلِ له منها لا غير، فلهذا يرجعُ المشتري الثاني علىٰ بائعِه -وهو المشتري الأولُ- بالثمنِ وبقيمةِ الولدِ التي لزمته بسببِ الولدِ الحاصلِ له منها، ولا يكون

---

(١) «المبسوط» ١٧/١٠٧، و«الهداية» ٣/١٩٦-١٩٧، و«الاختيار» ٢/٣٩٥.

للمشتري الأول الرجوعُ علىٰ بائعه بقيمةِ الولدِ؛ لأنها ما لزمت المشتري الأولَ بسببِ الولدِ الحادثِ له منها بل لزمته بسببِ ضمانهِ للمشتري الثاني سلامة الولدِ[١].

قال: (ولو ٱشترى ٱمرأته المدخول بها، ثم أعتقها، ثم أتت بولدٍ لأكثر من ستةِ أشهرٍ منذ شرائها لا يثبته إلَّا بدعوة، وأثبته إلىٰ سنتين بدونها).

رجلٌ ٱشترى ٱمرأتَه الأمةَ المدخولَ بها ثم أعتقها، ثم أتت[٢] بولدٍ لأكثرَ من ستةِ أشهرٍ منذ ٱشتراها.

قال أبو حنيفة[٣] وأبو يوسف[٣] رحمهما الله: لا يثبتُ نسبُه إلَّا أن يدعيه الزوجُ؛ لأنه لما ٱشتراها ٱرتفع النكاحُ وصارت بحالٍ لا يثبتُ نسبُ ولدِها منه إذا جاءت به لأكثرَ من ستةِ أشهرٍ من حينِ الشراءِ إلَّا بدعوةٍ؛ وهٰذا لأنَّ الوطءَ الحلالَ لا يقتضىٰ به العلوقُ من أبعدِ أوقاتِ الإمكانِ من أقربها لحصولِ الشكِّ في الزائدِ، والوطءُ الحرامُ يقضي به بالعلوقِ من أبعدِ أوقاتِ الإمكان وهو إلىٰ سنتينِ؛ لأنَّ في الحملِ علىٰ أقربِ الأوقاتِ تضييعَ النسبِ والماءِ، وههنا الوطءُ حلالٌ في ملكِ اليمينِ فلا يحمل على العلوقِ في ملكِ النكاحِ فلا يثبت بدون دعوىٰ.

وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٣]: يثبتُ نسبُه إلىٰ سنتين من غير دعوىٰ؛ لأنَّ العلوقَ محمولٌ علىٰ حين النكاحِ؛ لأنَّ العدةَ قائمةٌ وإن لم تظهر في حقِّ المنعِ عن

(١) «المبسوط» ١٧/ ١٠٧، و«الهداية» ٣/ ١٩٦-١٩٧، و«الاختيار» ٢/ ٣٩٥.

(٢) في (ج): (جاءت).

(٣) «المبسوط» ١٧/ ١٠٥، و«الاختيار» ٢/ ٣٩٥، و«فتح القدير» ٨/ ٢٩٥، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٩.

الوطء بسبب ملكِ اليمينِ؛ ولهٰذا فإنه لا يملك أن يزوجها قبل ٱنقضاءِ العدةِ، فإذا أعتقها ظهرَ حكمُ العدةِ في حقه أيضًا، فهٰذِه مبانةٌ معتدةٌ لم تقر بانقضاءِ العدةِ فيثبتُ نسبُ ولدها من زوجها إلىٰ سنتين.

قال: (ولو باعها ثم ٱشتراها فأتتْ به كذلك منذُ باعها لا يثبته إلَّا بتصديقِ المشتري وشرط دعواه).

رجلٌ ٱشترى ٱمرأته الأمةَ ثم باعها من آخر ثم ٱشتراها منه، فولدتْ ولدًا لأكثر من ستةِ أشهرٍ من حين باعها، فادعى الولدَ لا يثبت نسبُه عند أبي يوسف رحمه الله[1] ما لم يصدِّقه المشتري؛ لأنَّا لو حملنا العلوقَ في ملكِ اليمينِ كان ثبوتُ النسبِ متضمنًا بطلانَ الشراءِ المتخللِ وقد تعلق به حقُّ المشتري، فلا يمكنُ نقضُه إلَّا برضاه، فإذا صدق فقد رضي به.

وقال محمد رحمه الله[1]: إذا صدَّقَهُ المشتري ثبتَ نسبُه منه بشرطِ أن يدعيه، وقد جاءت به قبل تمامِ سنتين منذ ٱشتراها وإلا فلا؛ لأنَّ العلوقَ محمولٌ علىٰ حصولهِ في ملكِ النكاحِ لما مرَّ، وكان ينبغي أنْ يثبتَ من غيرِ دعوىٰ تستلزم فسادَ البيعِ فيعود إلىٰ ملكه، وإن عادت إلىٰ ملكِهِ لا يثبت النسبُ؛ لقيامِ البائعِ من ظهورِ العدةِ وهو حلُّ الوطءِ بملكِ اليمين. وإذا لم يظهر لم يمكن الحملُ على العلوقِ في ملكِ النكاحِ، لأنا (قد بيَّنا)[2] في المسألةِ السابقَةِ أمكننا حملُ العلوقِ في ملكِ النكاحِ لظهورِ العدةِ في حقه بالإعتاقِ ولا إعتاقَ هٰهنا، وإذا تعذرَ ذلك وجبَ الحملُ على العلوقِ في ملكِ اليمينِ، وإذا حمل عليه لم يثبت النسبُ بدون الدعوىٰ وإذا لم

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ١٠٥، و«فتح القدير» ٨/ ٢٩٥، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٩.

(٢) من (ب).

يثبت بدون الدعوىٰ بقي البيعُ، فيؤدي إلى الدورِ، فقلنا باشتراطِ الدعوةِ قطعًا له[١].

قال: (ولو ٱدَّعىٰ ولدَ مبيعتِهِ وبرهنَ علىٰ بيعِهَا منذُ شهرٍ فبرهنَ المشتري علىٰ أكثرَ من ستةِ أشهرٍ يحكمُ له به لا للبائع).

رجلٌ باعَ أمتَه وقبضها المشتري فأتت بولدٍ فادَّعاه البائعُ، وقال: هو ولدي، والبيعُ وقعَ من منذ شهر واحدٍ، فقالَ المشتري: بل الولدُ لي، والبيعُ وقعَ سابقًا علىٰ ستةِ أشهرٍ، وأقامَ كل منهما البيِّنة.

قال أبو يوسف رحمه الله[٢]: بيِّنةُ المشتري أولىٰ؛ لأنه تثبتُ زيادة المدةِ، وما عدا ذلك فثبوته بقولِ البائعِ بناءً علىٰ أنَّ المدةَ من حين البيعِ أقلُّ من ستةِ أشهرٍ، فإذا ثبتت المدةُ الزائدةُ لا يثبت شيء مما يدعيه البائعُ.

وقال محمدٌ رحمه الله[٢]: بينةُ البائعِ أولىٰ؛ لأنه هو المدعي والمشتري منكرٌ، ولهٰذا كان القولُ قولَ المشترىٰ، لولا البيِّنة، وليس ذلك إلَّا لكونِهِ هو المنكرُ، والبيناتُ وضعت لإثباتِ الدعاوىٰ ومتىٰ تعيَّن المدعىٰ عليه (تعيَّن المدعي)[٣] فتكون بيَّنته أولىٰ بالثبوت[٤][٥].

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ١٠٥، و«الاختيار» ٢/ ٣٩٥، و«فتح القدير» ٨/ ٢٩٥، و«البحر الرائق» ٧/ ٢٤٩.

(٢) «المبسوط» ١٧/ ١٠٥، و«الاختيار» ٢/ ٣٩٥، و«فتح القدير» ٨/ ٢٩٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٨٢.

(٣) من (ب) و(ج).

(٤) في (ب): (القبول).

(٥) «المبسوط» ١٧/ ١٠٥، و«الاختيار» ٢/ ٣٩٥، و«فتح القدير» ٨/ ٢٩٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٨٢، و«اللباب» ٤/ ٥٢.

قال: (والمنعي إليها زوجها إذا ٱعتدتْ وتزوجتْ وأتتْ بولدٍ فجاء الأولُ فهو له مطلقًا، وللثاني في روايةٍ، وعليها الفتوىٰ، ويجعله للأول إنْ أتتْ به لأقلَّ من ستةِ أشهرٍ من حين العقد، وحكم به له إن كان من حينِ ٱبتداءِ الثاني بالوطء إلى الولادةِ أقل من سنتين).

قال أبو حنيفة رحمه الله[١]: المرأةُ إذا نُعي إليها زوجُها فاعتدت ثم تزوجت بزوج آخر وأتت بأولادٍ، ثم جاء زوجُها الأولُ الغائبُ فالأولادُ له علىٰ كل حالٍ؛ لقوله عليه السلام: «**الولدُ للفراشِ**» أي: لصاحبِ الفراشِ، والزوجُ الأولُ هو صاحبُ الفراشِ؛ لأنَّ نكاحَه صحيحٌ ونكاحُ الثاني فاسدٌ والصحيحُ أولىٰ بالاعتبارِ من الفاسدِ، بخلافِ ما إذا وُجِدَ النكاحُ الفاسدُ وحده حيث يثبتُ به الفراشُ إلحاقًا له بالصحيح في حقِّ ثبوتِ النسبِ عند عدمِ المعارضِ.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان من وقتِ النكاحِ الثاني إلىٰ وقتِ الولادةِ أقلَّ من ستةِ أشهرٍ، فالولدُ للأولِ؛ لأنَّا تيقنَّا أنَّ العلوقَ ليس بعد النكاحِ الثاني، فلم يكن جعله من الثاني فكان من الأول، أمَّا إذا كان أكثرَ من ستةِ أشهرٍ، فالولدُ للثاني؛ لأنه هو المستفرشُ حقيقةً، وفراشهُ وإن كان فاسدًا فإنه فراشٌ.

وقال محمد رحمه الله[١]: إن كان الزمانُ المتخللُ بين (أولِ الوطء)[٢] وبين وضعِ الولدِ أقلَّ من سنتينِ فالولدُ للأولِ، لاحتمالِ أنه من وطءِ الأولِ،

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ١٦١-١٦٢، و«البحر الرائق» ٤/ ١٧٠-١٧١، و«اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلىٰ» ١٨٣-١٨٤.

(٢) في (ب): (الوطء الثاني)، وفي (ج): (أول الوطء والثاني).

أو لاحتمالِ العلوقِ به في وقتٍ يُحتملُ العلوقُ منه، واحتمالُ كونه من وطءِ الثاني صحيحٌ إلَّا أنَّ النكاحَ الأولَ صحيحٌ والثاني فاسدٌ، والصحيحُ أولىٰ بالاعتبارِ، وإن كان أكثَر من سنتينِ من وقتِ النكاحِ الثاني فهو من الزوجِ الثاني؛ لأنَّا تيقنا أنه ليس من الأولِ فتعينَ الثاني؛ لأنه هو المستفرشُ حقيقةً، والصحيحُ في هٰذا البابِ ما رواه عبد الكريم الجرجاني رَحِمَهُ اللَّهُ[١] عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ الأولادَ من الزوجِ الثاني رجع إلىٰ هٰذا القولِ وعليه الفتوىٰ، ذكره الحسامُ رَحِمَهُ اللَّهُ في «الواقعات»، والتنبيهُ[٢] إلىٰ ذلك من الزوائدِ.

قال: (ولو ولدتْ مكاتبةٌ من أحد الشريكين فنصيبه أم ولد (له)[٣] ولها الخيار، فإن عجزت نفسها فكلها أم ولد ويضمن لشريكه نصف عقرها ونصف قيمتها، وإلَّا أخذت العقر، فإذا أدت عتقت والولاء لهما. وقالا: كلها أم ولد ومكاتبة ويغرم نصف قيمتها).

رجلان مشتركان في أمةٍ فكاتباها فأتت بولدٍ من أحدهما صارَ نصيبُه أمَّ ولدٍ له، ثم لها الخيارُ إن شاءت عجزت نفسُها فتصير كلها أمَّ ولدٍ له، ويضمنُ المستولدُ نصفَ عقرها ونصفَ قيمتِها، وإن شاءت مضت على الكتابةِ وأخذتِ عقرَهَا منه، وإذا أدتْ عُتقتْ والولاءُ للشريكين، وهٰذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[٤].

(١) «المبسوط» ١٧/ ١٦٢.

(٢) في (ب): (والإشارة).

(٣) من (ب).

(٤) «المبسوط» ١٧/ ١٢٥، و«الهداية» ٢/ ٣٥٣-٣٥٤، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٩٦-٢٩٧، و«اللباب» ٣/ ١٢٤-١٢٥.

وقالا[١]: كلها أمُّ ولدٍ له وكلها مكاتبةٌ له، ويغرمُ لشريكه نصفَ قيمتِهَا؛ لأنَّ الكتابةِ قابلةٌ للفسخِ، والاستيلادُ لا يتجزأ، وإذا ٱنفسخت الكتابةُ عادتْ مكاتبةً للمدعي؛ لأنَّ ٱمتناعَ الفسخِ لحقِّ المكاتبةِ وهي راضيةٌ بالفسخِ علىٰ هٰذا الوجهِ لما لها فيه من النفعِ الظاهرِ، وله أنَّ الكتابةَ مانعةٌ للنقلِ من ملكٍ إلىٰ ملكٍ كالتدبير، ولو كانت مدبرةً فجاءت بولدٍ فادّعاه أحدُهما يصير نصيبُه أمَّ ولدٍ، ويلقىٰ نصيبُ الآخر مدبرًا علىٰ حاله بالإجماعِ، فكذا هٰذا قولهما: تنفسخُ الكتابةُ ليتم الٱستيلادُ له فيها بواسطةِ ملكِ نصيبِ الشريكِ.

(وقلنا: الملكُ له في فصلِ الأمةِ إنما يثبت في نصيبِ شريكه)[٢] ضرورة صحةِ الٱستيلادِ، وما ثبت بالضرورةِ يتقدر بقدرِها، ولا تبنىٰ عليها ضرورة أخرىٰ. ولو قلنا هٰهنا بذلك أفضىٰ إلىٰ ترتيبِ ضرورةٍ على الضرورةِ، وهٰذا لأنَّ تملكَ نصيبِ الشريكِ لضرورةِ الٱستيلادِ /١٥٣ب/ وفسخَ الكتابةِ لضرورةِ التملكِ، فكان فسخُ الكتابةِ ضرورةَ الٱستيلادِ، وأنه غيرُ جائزٍ؛ لأنَّ إثباتَ أمر يأباه الدليلُ (لضرورةِ أمرٍ آخر يأباه الدليلُ) ممتنعٌ، وهٰذِه من فروعِ الخلافِ في تجزيءِ الإعتاقِ، وقد مرَّ الكلامُ فيه[١].

قال: (والأمةُ المشتركةُ إذا أتتْ بولدٍ فادعوه يثبت منهم ومن ٱثنين لا ثلاثة).

الجاريةُ المشتركةُ بين جماعةٍ إذا أتت بولدٍ فادعوه كلهم ثبت نسبُه منهم مطلقًا.

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ١٢٥، و«الهداية» ٢/ ٣٥٣-٣٥٤، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٩٦-٢٩٧، و«اللباب» ٣/ ١٢٤-١٢٥.

(٢) ساقط من (ب).

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[١]: يثبتُ من اثنين، فإذا كانوا ثلاثةً لم يثبت.

وقال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ[١]: إن كانوا ثلاثةً ثبتَ فإن زادوا لم يثبت.

ولأبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[١] أنَّ الولدَ يستحيلُ أن يكون إلَّا من ماءٍ واحدٍ حقيقةً، وإنما أثبتناه من الاثنينِ؛ لحديث عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: هو ابنهما يرثهما ويرثانه. ولا نصَّ في الزائد على الاثنينِ فجرينا فيه على الأصلِ.

ولمحمد رَحِمَهُ اللَّهُ[١] أنه إذا (ثبت من[٢] اثنينِ حكمًا)[٣] ثبت من[٤] ثلاثةٍ؛ لأنها قريبةٌ من الاثنينِ.

وأبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[١] يقول: العلةُ هو الاشتباه ومساسُ الحاجةِ إلىٰ من يربي الولدَ، والأربعةُ فصاعدًا كالاثنينِ في ذلك.

قال: (أو مسلم وذمي أو أب وابن جعلناه للمسلم والأب لا لهما).

هاتان مسألتانِ:

الأولىٰ: جاريةٌ مشتركةٌ بين مسلمٍ وذميٍّ، فأتت بولدٍ فادَّعياه فالولدُ ثابتُ النسبِ من المسلمِ.

وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ[٥]: يثبتُ منهما ؛ كما إذا كانا مسلمينِ بجامعِ أنَّ للذمي فيها من الملكِ المطلقِ للتصرفِ وصحة دعوىٰ نسبِ ولدِها ما للمسلمِ.

ولنا[٥]: أنَّ مصلحة الولد في ثبوتِ نسبه من المسلمِ، فوجبَ أن يقضىٰ

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٥٧، و«الهداية» ٢/ ٣٥٣-٣٥٤، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٩٨، و«اللباب» ٣/ ١٢٥.

(٢) في (ج): (بين). (٣) ساقط من (ب). (٤) في (ج): (بين).

(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٥٦- ٣٥٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٨٨، و«الهداية» ٢/ ١٩٨، و«البحر الرائق» ٤/ ٢٩٩.

به للمسلم؛ وهٰذا لأنهما تساويا في الملكِ الثابتِ فيها، ويرجحُ هٰذا بالإسلامِ؛ لقوله عليه السلام: «**الإسلام يعلو ولا يعلىٰ**»[1].

المسألة الثانية: إذا كانت الجاريةُ مشتركةً بين الأبِ والابنِ، فأتت بولدٍ فادّعياه ثبت نسبُه من الأبِ عندنا[1].

وقال زفر رحمه الله[1]: هو بينهما لتساويهما في الملكِ الثابتِ فيها. ولنا أنَّ الأبَ أولىٰ؛ لأنّه لو ٱدعىٰ ولدَ جاريةِ الأبنِ ثبت نسبُه منه، والابنُ لو ٱدعىٰ نسبَ ولدِ جاريةِ أبيه لا يثبتُ، فكان ٱستيلادُ الأبِ هٰذِه الجاريةَ صحيحًا من كل وجهٍ، واستيلادُ الأبن إيَّاها صحيحٌ من حيث ثبوتِ ملكِه في بعضِها، غيرُ صحيحٍ من حيث أنَّ بعضَها ملكُ الأبِ فيترجح ٱستيلادُ الأبِ، فيكون إثباتُ النسبِ منه أولىٰ.

قال: (ولو برهن كلٌّ من ٱثنين أنَّ هٰذا العبدَ له ولد علىٰ ملكِهِ من عبدِهِ وأمته كان لهما ونسبه ثابتٌ من الأبوين، وقالا: من العبدين).

رجلٌ في يده عبد فادعىٰ آخر عليه أنَّ هٰذا العبدَ الذي في يدِهِ عبدُه، وُلِدَ في ملكِه من عِبدِه هٰذا وأمتِه هٰذِه، وأقام بيِّنةً علىٰ ذلك، وادعىٰ ثالثٌ مثلَ هٰذِه الدعوىٰ، وأقامَ البيِّنة عليها قضي بالعبدِ بينهما إجماعًا من أصحابنا[2]؛ لاستوائهما.

---

(١) رواه الدارقطني ٣/ ٢٥٢ والبيهقي ٦/ ٢٠٥ كلاهما عن عمرو بن عائذ وفي الباب عن عمر بن الخطاب، ومعاذ. ورواه البخاري تعليقًا موقوفًا على ابن عباس كتاب: الجنائز، باب: إذا أسلم الصبي فمات هل يصلي عليه؟.

(٢) «الجامع الكبير» ١٢٤، و«مختصر الطحاوي» ٣٥٦-٣٥٧، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٨٦-٣٨٧.

ثم ٱختلفوا في ثبوتِ النسبِ، فقال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[١]: نسبُه ثابتٌ من العبدينِ والأمتينِ. وقال: لا يثبتُ من الأمتينِ؛ لأنَّ البيّنتين تهاترتا في حقِّ ثبوتِ النسبِ من (الأُمَّيْنِ)[٢]؛ لأنَّ ثبوتَه مبني على الولادةِ، إذ لا يتصور ثبوتُ النسبِ منها بدونها، وولادةُ الواحدِ منهما محالٌ بخلافِ الرجلين؛ لأنَّ ٱنخلاقَ الولدين من ماءِ رجلين وإن كان مستحيلًا عادةً لكنه ليسَ بمستحيلٍ في نفسه، والحاجةُ ماسةٌ إلىٰ إثباتِه من الأبوين تحصيلًا لما يتعلقُ بذلك من المصالحِ المتعلقةِ بالنسبِ، ولا ٱستحالةَ حقيقةً ولا تدافعَ فيثبت منهما، أمَّا ثبوتُه من الأُمَّيْنِ فمستحيلٌ حقيقةً، ولا حاجةَ إلىٰ إثباتِه منهما؛ لحصولِ الغرض بإثباتِه من الأبوين، وله أنَّ المشتركَ من المصلحةِ بين إثباتِ النسبِ من الرجلين بعلةِ الٱشتباهِ (وبين إثباتِه من المرأتين بعلةِ الٱشتباهِ)[٣] موجودٌ في حقِّ (الأُمَّيْنِ)[٤] فيثبت النسبُ منهما عملًا بالعلةِ، كيف وهاتان الشهادتان معتبرتان في حقِّ ثبوتِ الملكِ لهما في العبدِ، وفي حقِّ ثبوتِ نسبه (من عبديهما)[٣]؟ فيجب ٱعتبارُهما في حقِّ ثبوته من الأُمَّيْنِ[١].

قال: (ولو ٱدّعىٰ مولىٰ أمة أتت بثلاثةٍ في أبطن أكبرهم أثبتناه لا الكل).

أمةٌ أتت بثلاثةِ أولادٍ في بطونٍ مختلفةٍ ولا زوجَ لها، وبين كلِّ ولادتين ستةُ أشهرٍ، فادعىٰ مولاها أنَّ أكبرَهم سنًّا ولدُه ثبت منه نسبُ الأولِ وحده.

---

(١) «الجامع الكبير» ١٢٤، و«مختصر الطحاوي» ٣٥٦-٣٥٧، و«بدائع الصنائع» ٦/٣٨٦-٣٨٧.

(٢) في (ب): (الأمتين).

(٣) ساقط من (ب).

(٤) في (ب)، (ج): (الأمتين).

وقال زفر رضي الله عنه[(١)]: يثبتُ نسبُ الكلِّ منه لاستنادِ دعوتِه إلىٰ زمانِ العلوقِ، ولكونها أمَّ ولدِه وقت ولادةِ الثاني والثالث، ونسبُ ولدِ أمِّ الولدِ يثبتُ من غيرِ دعوىٰ.

ولنا[(١)]: أنَّ الاستنادَ لا يظهرُ في المنفصلِ، والولدان منفصلان من الأم وقتَ ثبوتِ الاستيلادِ منها فظهرَ الاستنادُ في حقِّه دونهما؛ لقيامِ المانعِ من ظهورِه في حقهما، وهو الانفصالُ علىٰ أنَّ تخصيصَه الدعوىٰ بنسبِ الأكبرِ مما يمكن أن نستدلَ به علىٰ نفي الآخرين وولد أمِّ الولدِ ينتفي نسبه بمجردِ النفي.

قال: (أو قال أحدُهُم: ولدي ومات مجهلًا فثلثُ كلٍّ حُرٌّ، وعليه السعايةُ في باقيه وأفتىٰ بثلثِ الأوَّلِ ونصفِ الثاني وكلِّ الثالثِ، ويوافق في الآخرين ويُعتقُ نصفُ الأولِ في روايةٍ).

رجلٌ له جاريةٌ فولدتْ ثلاثةَ أولادٍ في بطونٍ مختلفةٍ بأنْ كان بين كلِّ ولادتين ستَّةُ أشهرٍ فصاعدًا، فقال المولىٰ: أحدُ هٰؤلاء ولدي، وماتَ قبلَ البيانِ عتقتِ الأمُّ بغيرِ سعايةٍ.

وأمَّا الأولادُ فقال أبو حنيفة رحمه الله[(٢)]: /١٥٤أ/ يُعتقُ من كلِّ واحدٍ ثلثه لأنه لمَّا تعذَّر النسبُ في المجهولِ جُعلَ هٰذا الكلامُ مجازًا عن التحريرِ.

وقال محمد رحمه الله[(٢)]: يعتقُ ثلثُ الأكبرِ ونصفُ الأوسطِ وكلُّ الأصغرِ؛ لأنَ ثبوتَ النسبِ في المجهولِ وإن كان متعذّرًا لٰكن ثبوتَ العتقِ المبهم ليس

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ١٤٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٩١.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٥٩، و«المبسوط» ١٧/ ١٤٢- ١٤٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٩٢.

بمتعذرٍ فينزلُ العتقُ بناءً على العلوقِ فتعتبرُ الأحوالُ، فنقول: إنْ أرادَ الأولُ عُتِقَ وكان مقرًّا بأنَّ الثاني والثالثَ (ولِدا من أمِّ ولده)[١] فيعتقان، وإن أرادَ الثاني عتق هو والثالثُ ولا يعتق الأول، وإن أراد الثالثَ عُتِقَ وحدَهُ، فالثالثُ حُرٌّ بكلِّ حالٍ، والثاني يعتقُ في حالين ويرقُّ في حالٍ إلّا أنَّ أحوال الإصابةِ حالةٌ واحدةٌ، وأحوالُ الحرمانِ أحوال الإصابةِ؛ لأن الإصابةِ إشارةٌ إلى الثبوتِ، والشيءُ إذا ثبتَ بسبب لا يكونُ ثابتًا بغيرِ ذلك السببِ، والحرمانُ إشارةٌ إلى العدم، والعدمُ يتحققُ لانتفاءِ سببِ الوجودِ، ويتحققُ لانتفاءِ شرطِ الوجودِ ولانتفائهما جميعًا، فيعتقُ نصفُهُ، والأولُ يعتقُ في حالٍ ويرقُّ في حالين، فيعتقُ ثلثه ويسعىٰ في ثلثيه.

ويروىٰ عن أبي يوسف رحمه الله[٢] كما قال محمد رحمه الله[٢] في الثاني والثالث، وقال في الأول: يعتقُ نصفُهُ باعتبار جَعلِ أحوالِ الحرمانِ حالةً واحدةً، والروايةُ الأولىٰ هي ظاهرُ المذهبِ.

قال: (ولو ولدتْ المبانةُ المعتدةُ ولدين في بطنٍ أحدهما لأقلَّ من سنتين من وقت الإبانةِ، والآخر لأكثرَ منهما فنفاهما أثبت نفيهما وهما نسبهما).

مبانةٌ معتدةٌ أتت بولدين في بطنٍ أحدهما لأقلَّ من سنتين من وقتِ البينونةِ، والولدُ الآخر لأكثرَ من سنتين من وقتها فنفاهما الزوجُ.

قال أبو حنيفة[٣] وأبو يوسف رحمهما الله[٣]: لا يصحُّ النفيُ ويثبتُ نسبُهُما منه ويحدُّ.

---

(١) في (ب): (وَلَدَا أمَّ ولدِهِ).

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٥٩، و«المبسوط» ١٧/ ١٤٢-١٤٣، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٣٩٢.

(٣) «الهداية» ٢/ ٣١٤-٣١٥، و«الاختيار» ٣/ ١٧١، و«البحر الرائق» ٤/ ١٧١.

وقال محمد رحمه الله[١]: يصحُّ نفيُهُ ولا يثبتُ نسبُهُما منه ولا يحدُّ الزوجُ؛ لأنا تيقنَّا أنَّ العلوقَ بالولدِ الثاني لم يكنْ من وطءٍ قبلَ الإبانةِ لتجاوزه أكثَر مدة الحملِ والأولُ تابعٌ له؛ لأنهما توأمان ولا يتبعُ الثاني الأولَ هٰهنا؛ لأنَ نسبَ الولدِ الأولِ لو ثبتَ لثبت بالاجتهادِ والثاني منتفٍ بالنصِّ، وهو قولُ عائشةَ رضي الله عنها: لا يبقى الولدُ في بطنِ أمِّه أكثرَ من سنتين. والاجتهادُ يُتركُ بالنصِّ ولا ينعكس، ولهما أنَّ الولدَ الأولَ عند ولادتِهِ حكمنا بثبوتِ نسبِهِ؛ لعدم المانعِ من ثبوته، والمقتضي لثبوتِهِ قائمٌ فيستتبع الولد الثاني كما لو باع جاريةً فجاءتْ بولدين أحدهما (من)[٢] قبل ستَّةِ أشهرٍ من وقتِ البيعِ، والآخر لأكثرَ من ستةِ أشهرٍ فادعى البائعُ الأولُ أو ٱدّعاهما ثبت نسبُهما منه بدونِ تصديقِ المشتري؛ لاستتباعِ السابقِ اللاحقَ كذا هٰهنا[١].

قال: (ولو ٱدَّعىٰ عبد و[٢]زوجته أمة لقيطًا وصدقه المولىٰ ثبت منه[٣]، ويحكمُ برقِّه وحكم بحريتهِ).

عبدٌ لرجل ٱدعىٰ أنَّ هٰذا اللقيط ولدهُ من زوجتهِ وهي أمةٌ وصدقه مولاه علىٰ ذلك ثبتَ نسبُ اللقيطِ منه؛ لكونه مصلحةً في حقِّهِ، ويكون عبدًا لمولاها عند أبي يوسف[٤] تبعًا لها.

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣١٤-٣١٥، و«الاختيار» ٣/ ١٧١، و«البحر الرائق» ٤/ ١٧١.

(٢) من (ب).

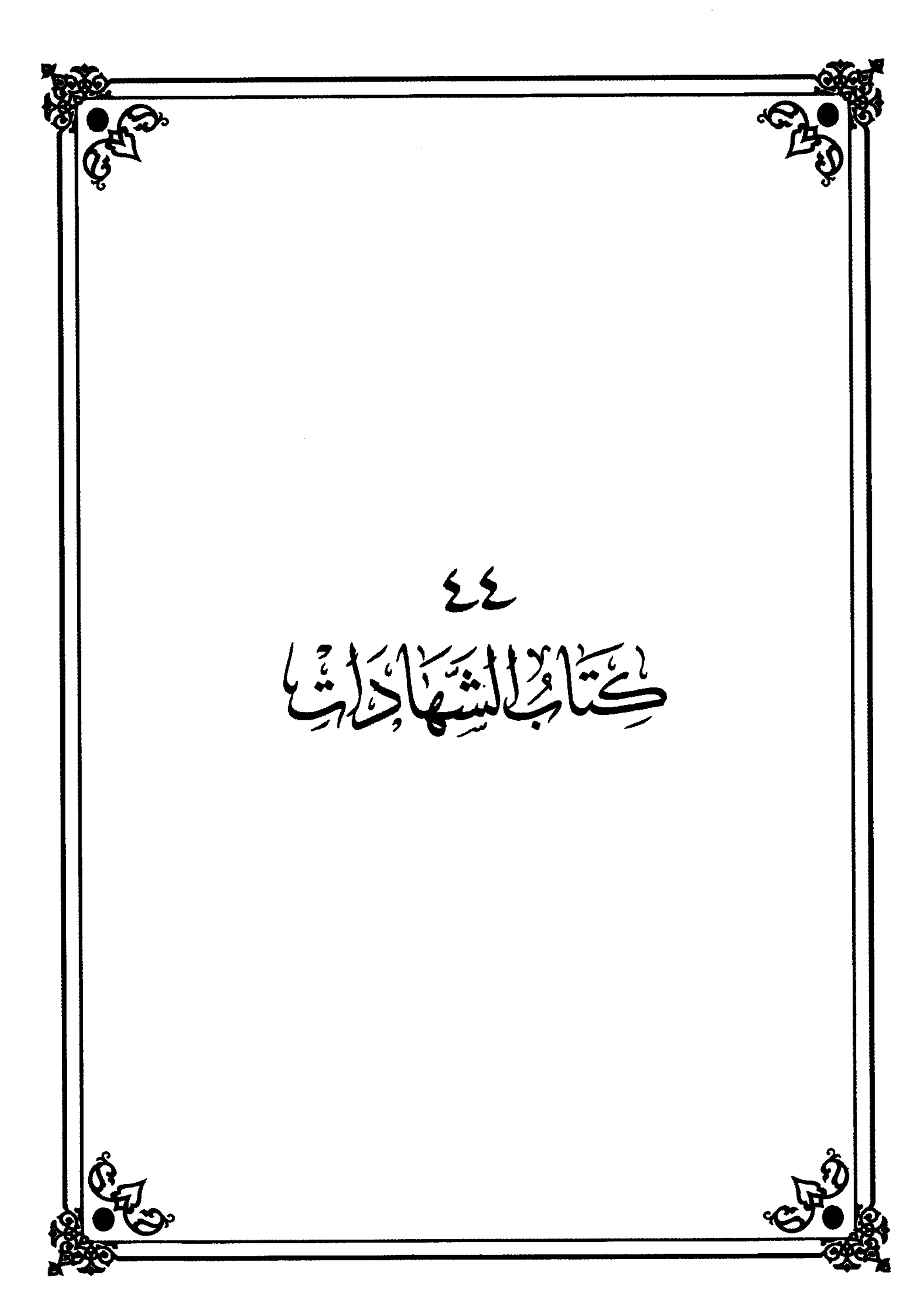
(٣) في (ب): (نسبه).

(٤) «مختصر الطحاوي» ١٤١، و«الهداية» ٢/ ٤٦٨، و«الاختيار» ٣/ ٣٦، و«اللباب» ٢/ ٢٠٦.

وقال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ[١]: (هو حرٌّ؛ لأنَّ اللقيَط)[٢] هو حرٌّ بالأصالةِ، وتصادقُ العبد ومولاه لا يصلحُ حجةً عليه في إبطالِ حريتهِ الثابتة بالأصلِ[١].

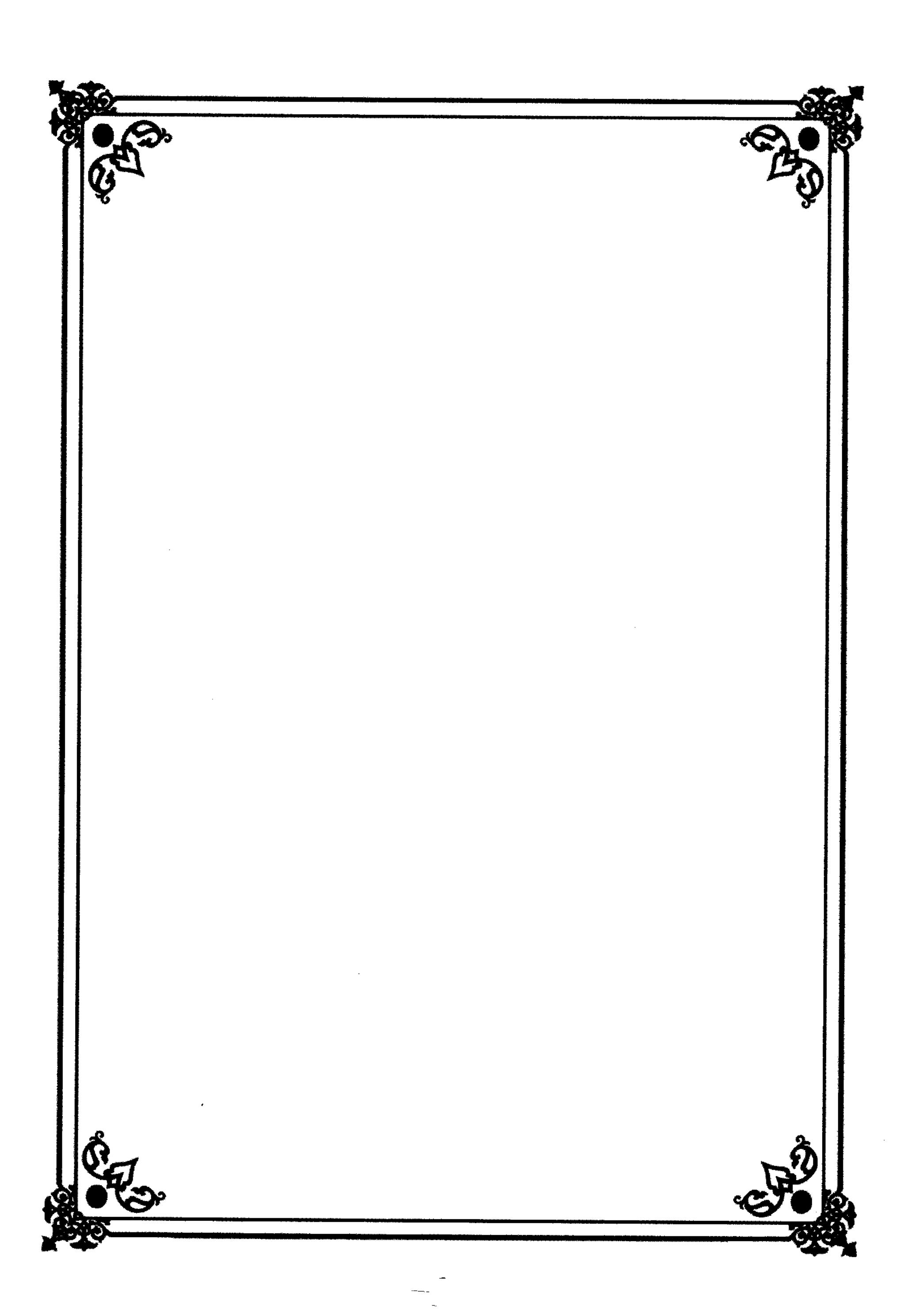
(١) «مختصر الطحاوي» ١٤١، و«الهداية» ٢/٤٦٨، و«الاختيار» ٣/٣٦، و«اللباب» ٢/٢٠٦.

(٢) من (ب) و(ج).



٤٤

كتاب الشهادات



كتاب الشهادات(١)(٢)

قال: (يفترضُ أداؤها ؛ لطلبِ المدعي).

قال الله تعالىٰ: ﴿ وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ ﴾ [البقرة:٢٨٢] أي: ولا يأب الشهداء غير أداء الشهادة.

وقيل: ولا يأبَ الشهداء إذا ما دعوا إلىٰ تحملِها أن يجيبوا إلىٰ ذلك، وعلىٰ هٰذا القولِ فتسميتُهم شهداء باعتبارِ مشارفتِهم إيّاها، والأوّل أقربُ إلى الحقيقةِ باعتبارِ ٱستمرارِ الشهادةِ كأنهم يلابسوها.

وقال تعالىٰ: ﴿ وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وهو صريحٌ في ذلك، وإنما قال: بطلبُ المدعي؛ لأنَّ ذلك حقٌّ له فيتوقف علىٰ طلبِه.

قال: (ويخير في الحدودِ ويفضل الستر).

الشاهدُ بالحدِّ مخيَّرٌ بين الإظهارِ والسترِ إلّا أنَّ السترَ أفضلُ، أمّا الخيارُ فَلأنَّ في كلٍّ من الأمرين جهة حسبة، فإقامةُ الحدِّ يقتضي الإظهارَ، والتحررُ عن هتكِ المسلمِ يقتضي السترَ إلّا أنَّ السترَ أفضلُ(٣)؛ لقوله ﷺ للذي شهدَ

---

(١) وجه المناسبة بين الكتابين من حيث أن حجية الشهادة عند ٱقامت الدعوىٰ. «المستجمع شرح المجمع» ٦٥٣.

(٢) الشهادة لغة: خبر قاطع الأطلاع على الشيء عيانا، وكذلك العين في القضاء. «مختار الصحاح» ص٣١٧ مادة شهد ، و«المصباح المنير» ص ١٩٥ مادة شهد ، و«المعجم الوسيط» ٢/ ٤٩٧ مادة شهد.

(٣) «الهداية» ٣/ ١٢٩، و«الاختيار» ٢/ ٤١١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٠٧-٢٠٨، و«اللباب» ٤/ ٥٤.

عنده: «**لو سترته بثوبك لكان خيرًا لك**»[١] وقوله ﷺ: «**من ستر علىٰ مسلمٍ ستر الله عليه في الدنيا والآخرة**»[٢].

قال: (ويقول في السرقةِ: أخذ، لا سرق).

أمَّا الأولُ فلأنَّ إحياءَ حقِّ المسروقِ منه في المالِ يحصل بقوله: أخذ.

وأمَّا الثاني فامتناعُه من لفظِة السرقةِ محافظةٌ على المندوبِ إليه من السترِ؛ ولأنه إذا قامت البيِّنة بالسرقةِ فظهرت عند القاضي فإنه يقطعُ، والقطعُ مع الضمانِ لا يجتمعان فيكون في أداءِ الشهادةِ بالحدِّ تضييعُ حقِّ المسروقِ منه بالمالِ، ففي لفظةِ الأخذِ جمع بين السترِ وإحياءِ الحقِّ[٣].

قال: (ولا يثبت الزِّنا إلَّا بأربعةٍ، ولا الحدود والقصاص إلَّا برجلينِ، ويسمعُ فيما عداهما شهادةُ رجلٍ وامرأتين، ولا نقيده[٤] بالمال).

الشهادةُ علىٰ مراتبَ، منها الشهادةُ على الزنا ويعتبر فيه[٥] شهادة أربعةٍ من الرجال، وقد مرَّ ذلك في كتابِ الحدودِ.

ومنها /١٥٤ب/ الشهادةُ في الحدودِ والقصاصِ، والمعتبر فيها شهادةُ الرجالِ فقط، ولا يجوز فيها شهادة النساءِ مع الرجالِ؛ لحديث الزهري

---

(١) رواه أبو داود (٤٣٧٧) وأحمد ٥/ ٢١٧ والحاكم ٤/ ٤٠٣ وقال: صحيح الإسناد؛ والطبراني ٢٢/ ٢٠٢ وصححه الألباني في «السلسلة الصحيحة» (٣٤٦٠).

(٢) رواه أبو داود (٤٩٤٦) والترمذي (١٤٢٥) وصححه الألباني في «صحيح أبي داود».

(٣) «الهداية» ٣/ ١٢٩، و«اللباب» ٤/ ٥٤، و«الاختيار» ٢/ ٤١١، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٠٧-٢٠٨.

(٤) في (ب): (تقبل).

(٥) في (ج): (فيها).

رَحِمَهُ اللَّهُ: مضت السُّنةُ من لدن رسولِ الله ﷺ وللخليفتين من بعدِه أن لا شهادةَ للنساءِ في الحدودِ والقصاصِ؛ ولأنَّ في شهادتهن شبهةَ البدليةِ عن شهادةِ الرجالِ، فلا يسمعُ فيما يندرىء بالشبهاتِ، ويسمعُ في نفسِ الحدودِ والقصاص شهادة رجلين؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. ومنها الشهادةُ فيما عدا ذين من الحقوقِ المالية وغيرها تقبلُ فيها شهادةُ رجلٍ وامرأتينِ[١].

وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ[٢]: لا تعتبر شهادةُ الرجالِ والنساءِ إلَّا في الحقوقِ الماليةِ وتوابِعها، والخلافُ يظهرُ في مثلِ النكاحِ والطلاقِ والعتاقِ والوكالةِ والوصيةِ. له أنَّ الأصلَ في شهادتِهنَّ عدمُ القبولِ لنقصانِ العقلِ وقصورِ الولايةِ واختلالِ الضبطِ؛ ولهٰذا لا تقبل شهادتهنَّ في الحدودِ والقصاصِ ولا شهادة الأربعِ منهنَّ عندكم، وقبولها في الأموالِ علىٰ وجهِ الضرورةِ؛ لكثرةِ وجودِها وقلةِ خطرِها، فلا يلحق بها ما هو أقلُّ وجودًا وأعظمُ خطرًا كالنكاحِ.

ولنا[٣]: أنَّ الأصل في شهادتِهنَّ القبولُ لوجودِ ما تبتنىٰ عليه أهلية الشهادةِ وهو المشاهدةُ والضبطُ والأداءُ، فالمشاهدةُ علةُ (حصولِ العلمِ للشاهدِ بالمشهودِ بهِ، والضبطُ علةُ بقائِه، والأداءُ علةُ)[٤] حصول العلمِ

---

(١) «المبسوط» ١٦/ ١١٤-١١٥، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٤٣٨-٤٣٩، و«درر الحكام» ٢/ ٣٧١- ٣٧٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٦٠-٦١.

(٢) «الأم» ٦/ ٣٠٣، و«التنبيه» ٢٧٠، و«الوجيز» ٢/ ٢٥٢-٢٥٣، و«روضة الطالبين» ٨/ ٢٢٧-٢٢٨.

(٣) «المبسوط» ١٦/ ١١٥-١١٦، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٩٥، و«درر الحكام» ٢/ ٣٧٢، و«اللباب» ٤/ ٥٦.

(٤) ساقطة من (ب).

به للقاضي، ولهٰذا فإنها مقبولة الرواية والإخبار، وما يعرضُ لهنَّ من قلةِ الضبطِ فهو مجبورٌ بضمِّ الأخرىٰ إليها فلم تُبقِ شهادتهن إلَّا الشبهة فيؤثر[1] فيما يندرىء بالشبهةِ، والحقوقُ الغير المالية مما تثبتُ مع الشبهة[2] حتىٰ قبلت فيها الشهادةُ على الشهادةِ، فتقبلُ شهادتهنَّ فيها، وعدمُ قبولِ شهادةِ الأربعِ منهنَّ علىٰ خلافِ القياسِ صيرَ إليه؛ كيلا يكثر خروجهنَّ[3].

قال: (ولا يشترط أربعًا فيما لا وقوفَ للرجال عليه ولا عينوا ثنتين فتكفي الواحدة).

شهادةُ النساءِ وحدهن مقبولةٌ فيما لا ٱطلاعَ للرجالِ عليه كالعيوبِ بالنسَّاءِ والبكارةِ والولادةِ.

فمذهبُ الشافعيّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[4] أنه لابدَّ في ذلك من شهادةِ أربعِ نسوةٍ؛ لأنَّ ٱلشهادةَ المطلقةَ شهادةُ رجلين، وقد أقامَ الشرعُ الثنتين[5] مقامَ الرجلِ فالأربع يقمن مقامَ الرجلين.

وعن مالكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[6] أنه ٱشترطَ ثنتين؛ لأنَّ الواحدةَ في هٰذا البابِ كالرجلِ، فيشترطُ العددُ فيه كالرجالِ فيما يثبتُ بشهادتهم.

---

(١) في (أ): (فيورث).

(٢) في (ب): (الشهادة).

(٣) «المبسوط» ١٦/ ١١٥-١١٦، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٩٥، و«درر الحكام» ٢/ ٣٧٢، و«اللباب» ٤/ ٥٦.

(٤) «الأم» ٦/ ٣٠٤، و«التنبيه» ٢٧١، و«الوجيز» ٢/ ٢٥٢، و«روضة الطالبين» ٨/ ٢٢٧.

(٥) في (ب): (اثنتين).

(٦) «التفريع» ٢/ ٢٣٨، و«الكافي» ٤٦٩-٤٧٠، و«بداية المجتهد» ٢/ ٨٣١، و«التلقين» ٢/ ٥٤١.

ولنا[١]: في الاكتفاءِ بالواحدةِ؛ لقوله عليه السلام: « **شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجل النظر إليه** »[٢]. والجمعُ المحلَّىٰ بالألِفِ واللامِ يراد به الجنسُ، فيتناول الأقلَّ عند تعذرِ الكلِّ؛ ولأنه إنما سقطَ اشتراطُ الذكورةِ تخفيفًا من حيث إن نظرَ النساءِ إلىٰ مثلهنَّ أخفُّ فيسقطُ اشتراطُ العددِ أيضًا، إلَّا أنَّ الاحتياطَ في الثنتين والثلاثِ لموضعِ الإلزامِ.

قال: (وشهادتهن على الاستهلالِ مردودةٌ في حقِّ الإرثِ).

قال أبو حنيفة رحمه الله[٣]: شهادةُ القابلةِ على استهلالِ الصبي وهي صياحته عقيب الولادةِ مردودةٌ في حقِّ الإرثِ لا في حقِّ الصَّلاةِ عليه.

وقالا[٤]: هي مقبولةٌ في حقِّ الإرثِ أيضًا؛ لأنَّ ذلك أمرٌ يكون عند الولادةِ، فكان مما لا يطلعُ عليه الرجالُ، فتجوز شهادتُهنَّ فيه، لما روينا، وصار كشهادتِهن علىٰ نفسِ الولادة واعتبارًا بقبولِها في حقِّ الصلاةِ عليه. وله أنَّ الإرثَ من الأمورِ الخطيرةِ الدنيويةِ، فإذا وقعَ فيه الاختلافُ لم يثبت إلَّا بما تثبتُ به سائر الحقوقِ الماليةِ، والاطلاعُ علىٰ ذلك ممكنٌ؛ لأنه استماعُ صوتِ الصبي، وليس ذلك بأمرٍ عزيز، بخلافِ

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٣٠، و«الاختيار» ٢/ ٤١٢-٤١٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٠٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٦١.

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٠٢: غريب ولكن رواه عبد الرزاق في «مصنفه» ٨/ ٣٣٣ عن الزهري قال مضت السنة في أن تجوز شهادة النساء ليس معهن رجل فيما يلين من ولادة المرأة واستهلال الجنين وفي غير ذلك من أمر النساء الذي لا يطلع عليه ولا يليه إلَّا هن.

(٣) «المبسوط» ١٦/ ١٤٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٦٣، و«البحر الرائق» ٧/ ٦١-٦٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٦٤-٤٦٥، و«اللباب» ٤/ ٥٦.

(٤) ينظر المراجع السابقة.

قبولِ الشهادةِ في حقِّ الصَّلاةِ؛ لانَّ ذلك أمرٌ أخروي، وبخلافِ شهادتهنَّ علىٰ نفسِ الولادةِ؛ لأنه لا ٱطلاعَ للرجالِ عليه[١].

قال: (وشرط في ترجمةِ لغةِ الشاهدِ وتزكيةِ السرِّ عدد البيِّنة واكتفينا بثقةٍ).

قال أبو حنيفة[٢] وأبو يوسف[٢] رحمهما الله: إذا كان القاضي لا يعرفُ لغةَ الشاهدِ أو المدعي أو المدعىٰ عليه يترجمُ له عنه رجل[٣] مسلم ثقة والاثنان أحبُّ.

وقال محمد رحمه الله[٢]: لا يجوزُ في الترجمةِ أقلُّ من رجلينِ أو رجلٍ وامرأتين، وعلىٰ هٰذا الخلافِ المزكي؛ لأنَّ الترجمةَ والتزكيةَ في معنى الشهادةِ على الشهادةِ، فيشترطُ فيهما ما يُشترطُ في الشهادةِ بالحقوقِ إلَّا بلفظِ الشهادةِ، كما شُرطَ فيها الإسلامُ والعدالةُ والحريةُ والبلوغُ؛ وهٰذا لأنَّ ولايةَ القضاءِ مبنيةٌ علىٰ ظهورِ العدالة، وظهورها بالتزكيةِ فيشترطُ فيها العددُ كما تشترطُ العدالةُ وكما تشترطُ الذكورةُ في المزكىٰ في الحدودِ.

ولهما: أنَّ التزكيةَ والترجمةَ خبرٌ؛ ولذلك لم تشترط فيهما لفظة الشهادةِ، والخبرُ لا يشترطُ فيه العددُ كروايةِ الأحاديثِ ولا يلزمُ من ٱشتراطِ العدالةِ والإسلامِ والحريةِ والبلوغِ ٱشتراطُ العددِ ٱعتبارًا

---

(١) «المبسوط» ١٦/ ١٤٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٦٣، و«البحر الرائق» ٧/ ٦١-٦٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٦٤- ٤٦٥، و«اللباب» ٤/ ٥٦،

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٢٩، و«المبسوط» ١٦/ ٨٩-٩٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ١٤٥، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٨.

(٣) من (ب)، (ج).

بالقاضي، وهٰذا لأنه أنابهما منابَ نفسهِ، لتعذرِ قيامه بنفسِه /١٥٥أ/ علىٰ ذلك، وإنما قالَ: تزكيةُ السرِّ؛ لأنَّ الخلاف في ذلك فلذلك زاده، وأمَّا في تزكيةِ العلانيةِ فالعددُ شرطٌ إجماعًا[١] علىٰ ما قاله الخصافُ؛ لاختصاصها[٢] بمجلسِ القضاءِ، وقالوا: تشترطُ الأربعةُ في تزكيةِ شهودِ الزنا عند محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١].

قال: (ونجيز تلقينُ الشهودِ في غير الحدودِ).

قال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٣]: يجوزُ للقاضي أن يلقنَ الشهودَ كيفيةَ أداءِ الشهادةِ إلَّا في الحدودِ؛ لأنها تندرئ بالشبهةِ، وفي غيرها فلا بأسَ به إحياءً لحقوقِ الناسِ؛ لأنَّ مهابةَ مجلسِ القاضي قد تمنعُ الشاهدَ من إظهارِ ألفاظِ الشهادةِ كما يجب.

ولهما: أنَّ في ذلك إعانةً لأحدِ الخصمينِ على الآخرِ فيكون خارجًا عن حد الانصراف[٤] فيجب ٱجتنابُه نفيًا للتهمةِ[٥].

قال: (وتشترط العدالةُ، ولفظةُ الشهادة).

أمَّا الأولىٰ فلقوله تعالىٰ: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].
ولقوله تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٢٩، و«المبسوط» ١٦/ ٨٩-٩٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ١٤٥، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٨.
(٢) في (ب)، (ج): (لاختصاصهما).
(٣) «مختصر الطحاوي» ٣٢٨، و«المبسوط» ١٦/ ٨٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ١٤٥، و«الهداية» ٣/ ١١٥.
(٤) في (ب): (الإنصاف).
(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٢٨، و«المبسوط» ١٦/ ٨٧، و«الهداية» ٣/ ١١٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ١٧٩.

ولأنَّ العدالةَ هي التي تغلبُ علىٰ ظنِّ القاضي صدقه؛ لأنَّ من يتوقى ٱرتكابَ محرم دينِه، فالظاهرُ (توقيفه)[1] الكذب، كما أنَّ من يرتكبُ محرماتِ دينِه قد يتعاطى الكذبَ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[2] أنَّ الفاسقَ إذا كان وجيهًا عند الناسِ ذا مروءةٍ تقبلُ شهادتهُ؛ لأنه لا يستأجرُ لموضعِ الوجاهةِ، ومروءته تمنعُ الكذبَ والأولُ أصحُّ، إلَّا أنَّ القاضي لو حكمَ بشهادةِ الفاسقِ صحَّ القضاءُ عندنا[2] علىٰ ما عرف.

وأمَّا الثاني وهو الإتيانُ بلفظةِ الشهادةِ فشرط، حتىٰ لو قال عوضَها: أعلم أو أتيقنُ لا[3] يسمع، وهٰذا لأنَّ النصوصَ أقرت بذلك في قوله تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. ولأن في هٰذِه الكلمةِ زيادةَ تأكيدٍ فإنها من ألفاظِ اليمينِ، فكان النطقُ بها أدعىٰ إلى الأمتناعِ عن الكذبِ، وهٰذا الشرطُ في كلِّ ما تقدمَ إلَّا في ترجمة لغة الشاهدِ، والتزكية حتىٰ تشترطَ العدالةُ، ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح؛ لانَّ ذلك شهادة ؛ لما فيها من معنى الإلزام ولاختصاصها مجلس القضاء، وتشترط فيها الحريةُ والإسلامُ[2].

---

(١) في (ب)، (ج): (توقيه).

(٢) «المبسوط» ١٦/ ١٣٠-١٣١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٤٢٣- ٤٢٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٠٩-٢١٠، و«إيثار الإنصاف» ٦٧٦، و«اللباب» ٤/ ٥٧.

(٣) في (ب): (لم).

قال: (والقاضي يعمل بظاهر العدالة، ولا يسأل إلَّا فيما يندرئ بالشبهة[1] أو لطعن الخصم، وقالا: يسأل سرًا وعلانية ويفتىٰ بقولهما).

قال أبو حنيفة رحمه الله[2]: يقتصر الحاكم علىٰ ظاهر عدالة المسلم، ولا يسأل إلَّا في الحدودِ والقصاصِ؛ لأنَّ ذلك مما يندرئ بالشبهةِ فيحتاط في السؤالِ تحيلًا في الدرء، والأصلُ فيه قوله ﷺ: «**المسلمون عدولٌ بعضُهم[3] علىٰ بعض إلَّا محدودًا في قذفٍ**». وروي عن عمرَ رضي الله عنه مثله؛ ولأنَّ الظاهرَ من حالِ المسلمِ أن ينزجر عمَّا حرّمه الله تعالىٰ عليه، وبالظاهر كفاية؛ لأنَّ القطعَ مما يتعذرُ الوصولُ إليه، وإذا طعنَ الخصمُ في الشهودِ يسأل عنهم؛ لتعارضِ الظاهرين، فإنَّ الظاهرَ في حالِ الشاهدِ عدالتهُ وصدقُه، والظاهرُ من حالِ الطاعنِ أيضًا مثلُ ذلك، فلابدَّ من السؤالِ طلبًا للترجيحِ.

وقالا[4]: لابدَّ من أن يسألَ القاضي من الشهودِ سرًا وعلانيةً في سائرِ الحقوقِ؛ لأنّ مبنىٰ القضاءِ على الحجةِ وهو يقومُ بشهادةِ العدولِ فيجبُ تعرفها؛ صونًا لقضائه عن البطلانِ، وقد قيل: هٰذا ٱختلافُ زمانٍ، فإنَّ عصرَ الإمامِ أبي حنيفة رحمه الله كان من الأعصرِ المشهودِ لها بالعدالةِ، (وفي عصرهما تغير الحالُ عمَّا كان عليه فيجبُ على القاضي في هٰذا الزمانِ

---

(١) في (ب): (بالشبهات).

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٢٨، و«المبسوط» ١٦/٨٨، و«بدائع الصنائع» ٦/٤٢٦-٤٢٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/١٤٦-١٤٧، و«اللباب» ٤/٥٧-٥٨.

(٣) من (ب).

(٤) في (ب)، (ج): (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله).

تعرف العدالةِ، فلذلك زادَ ويفتىٰ بقولهما)[١][٢].

قال: (وإن ٱكتفىٰ بالسرِّ جاز، ويقول المزكي: هو عدلُ[٣] جائزُ الشهادةِ).

تزكية السرِّ أن يبعثَ القاضي سرًا إلى المعدلِ بنسبِ الشاهدِ وحليته، ويرد المعدل إليه سرًا لئلا يظهرَ ذلك فيخدع أو يقصد، وتزكيةُ العلانيةِ لابدَّ فيها من الجمعِ بين المعدلِ والشاهدِ؛ لتنتفي بذلك تهمةُ تعديلهِ لغيره، وتزكيةُ العلانيةِ كانت كافيةً في الصدرِ الأولِ، ويكتفي بتزكيةِ السرِّ الآن؛ تحرزًا عن الفتنةِ؛ لئلا يزكي من لا تجوز تزكيتهُ ٱستحياءً منه.

ويروىٰ عن محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٤]: تزكيةُ العلانيةِ بلاءٌ وفتنةٌ، ولابد من أن يقولَ المعدلُ هو عدلٌ جائزُ الشهادةِ؛ لأنَّ العبدَ قد يعدلُ، وقيل: لو ٱقتصرَ علىٰ قوله هو عدلٌ كفىٰ ذلك؛ لثبوتِ الحريةِ بالدارِ، وقيل: هٰذا أصحُّ.

والمسألتان من الزوائدِ[٤].

قال: (ويجوز أن يشهدَ بكلِّ ما سمعه أو أبصره من الحقوقِ والعقود من غير إشهاد، ويقول: أشهد، لا أشهدني إلَّا الشهادة على الشهادةِ، فلا يجوز حتىٰ يشهده).

ما يتحمله الشاهدُ علىٰ ضربين:

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٢٨، و«المبسوط» ١٦/ ٨٨، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٤٢٦-٤٢٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ١٤٦-١٤٧، و«اللباب» ٤/ ٥٧-٥٨.

(٣) في (ب): (عدول).

(٤) «المبسوط» ٦/ ٩٢، و«الهداية» ٣/ ١٣٢، و«الاختيار» ٢/ ٤١٤، و«البحر الرائق» ٧/ ٦٤.

أحدهما: ما يثبتُ حكمُه بنفسه مثل البيعِ والإقرارِ والغصبِ والقتلِ وحكمِ الحاكِم فإذا سمعَ ذلك أو رآه جاز له[(١)] أن يشهد به، وإن لم يشهده المقرُّ أو البائعُ أو الغاصبُ عليه؛ لأنه علمَ ما هو الموجبُ بنفسه، وعلم ذلك هو المجّوز لإطلاقِ الشهادةِ. قال الله تعالىٰ: ﴿ إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ﴾ [الزخرف: ٨٦]، وقال ﷺ: «**إذا علمت مثل الشمس فاشهد**»[(٢)] /١٥٥ب/، وإنما يقولُ أشهد أنه باعَ أو غصبَ أو أقرَّ أو قتل، ولا يقول: أشهدني تحرزًا عن الكذبِ، ولو سمعَ من وراءِ حجابٍ (لا يجوزُ له أن يشهدَ، ولو فسّر للقاضي أني شهدتُ عليه وهو من وراءِ حجابٍ)[(٣)] لا يقبله القاضي لاشتباهِ النغماتِ فيفوت العلمُ بالمشهودِ عليه، اللهم إلَّا أن لا يدخلَ البيتَ ويعلمَ أنه ليس فيه أحدٌ سوىٰ ذلك الشخصِ، ثم يجلسُ على البابِ ولا مسلك للبيتِ غيره، فإذا سمعَ إقرارَه من داخلِ البيتِ فله أن يشهدَ؛ لحصولِ العلمِ بالمشهودِ عليه في هٰذه الصورةِ[(٤)].

والضربُ الثاني: (ما)[(٥)] لا يثبت حكمُه بنفسِه كالشهادةِ على الشهادة، فإذا سمعَ شاهدًا يشهدُ بشيء لم يجز له أن يشهدَ علىٰ شهادةِ ما لم يشهده،

---

(١) من (ب).

(٢) رواه أبو نعيم في «الحلية» ٤/ ١٨ وقال: غريب من حديث طاوس، والبيهقي في «الشعب» ٤/ ٤٥٥ (١٠٩٧٤) وقال: لم يرو من وجه يعتمد عليه، وقال ابن حجر في «التلخيص الحبير» ٤/ ١٩٨: في إسناده محمد بن سليمان بن مشمول وهو ضعيف.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٣٦، و«الهداية» ١٣٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٣، و«اللباب» ٤/ ٥٨.

(٥) من (ب)، (ج).

أو سمعَ شاهدًا (فيشهد)[١] آخر علىٰ شهادتِه لم يجز له أن يشهدَ إلَّا بإشهادٍ، وهٰذا لأنَّ الشهادةَ ليست موجبةً بنفسها وإنما تصير موجبةً بعد النقلِ إلىٰ مجلسِ القضاءِ فيشترطُ فيها التحميلُ ولم يُوجد فلا يجوز[٢].

قال: (ولا يشهد بما لم يعاينه إلَّا النسب والموت والدخول والنكاح وولاية القاضي إذا أخبره من يثق به).

الشاهد له أن يشهدَ بهٰذِه الأشياءِ إذا حصل له العلمُ بها بالتواترِ أو بإخبارِ رجلينِ أو رجلٍ وامرأتينِ أو بإخبار من يثقُ به، وقد قيل في الموتِ: يكتفىٰ بإخبارِ واحدٍ أو واحدةٍ؛ لأنَّه قلَّما يوقفُ عليه فيكون في ٱشتراطِ العددِ بعضُ الحرجِ ولا كذلك النسبُ والنكاحُ، فيشترطُ فيه العددُ ليحصل للشاهدِ نوعُ علم بما يشهدُ به، وهٰذا ٱستحسانٌ، والقياس أن لا تجوز هٰذِه الشهادةُ؛ لأنها مشتقةٌ[٣] من الشهودِ وهو الحضورُ والعلمُ ولم يحصل، وصار كالبيعِ.

وجه الٱستحسانِ: أنَّ هٰذِه الأشياءَ مما لا يطلعُ علىٰ أسبابها إلَّا خواصٌّ من الناسِ، ويتعلقُ بها أحكامٌ باقيةٌ على ٱنقضاءِ الدهورِ، فلو لم تِقبل فيها الشهادةُ بالتسامع أدىٰ إلىٰ حرجٍ كبيرٍ، وليس هٰذا مثل البيع؛ لأنه مما يسمعه كلُّ أحد[٤] فافترقا، وينبغي للشاهدِ بالتسامعِ أن يُطلقَ أداءَ الشهادةِ ولا يفسرها، أمَّا إذا فسر للقاضي أنه يشهدُ بالتسامع

---

(١) في (أ): (يشهد).

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٣٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢١٤، و«فتح القدير» ٧/ ٣٨٤- ٣٨٥، و«اللباب» ٤/ ٥٩.

(٣) من (ب).

(٤) في (ب)، (ج): (واحد).

لا يسمعها القاضي كما أنَّ معاينةَ اليدِ في الأملاكِ مطلقٌ لأداءِ الشهادةِ ثم إذا فسر لم تقبل كذلك هٰهنا، ولو شهدَ عل دفنِ فلانٍ أو الصَّلاةِ علىٰ جنازتِه وفسرَ كذلك قبلت شهادته وهٰذِه معاينةٌ، والاقتصارُ علىٰ هٰذِه الأشياءِ مما ينفي جوازَ غيرها بالتسامعِ.

وقد روي عن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[1] آخرًا جوازُها بالتسامع في الولاءِ تنزيلًا له منزلةَ النسبِ، قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «**الولاءُ لحمةٌ كلحمةِ النَّسبِ**»[2].

وقيلَ قوله: هٰذا في مولىٰ له أبوان أو ثلاثةٌ لا في رجلٍ بعينه إلَّا أنَّ الولاءَ مما يبتنىٰ علىٰ زوالِ الملكِ، وأنه يفتقر إلى المعاينةِ (فكذا ما يبتنىٰ عليه، والمختارُ في أصلِ الوقفِ قولُ محمد رَحِمَهُ اللَّهُ[1] في أنَّه يجوزُ بالتسامعِ؛ لأنه مما يبقىٰ علىٰ ممرِّ العصورِ)[3]، وقد ذكر في كتاب الوقف.

قال: (وإن[4] رأىٰ في يده شيئًا غير عبد وأمة كبيرين لا يعرف رقهما شهد له به من غير تفسير).

المسألةُ من الزوائدِ، وهي أنَّ الشاهدَ إذا رأىٰ في يدِ آخرَ شيئًا غير العبدِ والأمةِ الكبيرين، ويحترزُ بهٰذا القيدِ عنهما إذا كانا صغيرين، فإنه يجوزُ أن يشهدَ لمن هو في يدهِ أنه ملكهُ، ولكن لا يفسر للقاضي أنه يشهدُ بناءً على اليدِ فإن القاضي لا يسمعُ الشهادةَ، وهٰذا لأنَّ اليدَ أقصىٰ ما يستدلُ بها على

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٣٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٣٨-٢٣٩، و«فتح القدير» ٧/ ٣٨٨-٣٩٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٧٠-٤٧١، و«اللباب» ٤/ ٦٧.

(٢) رواه الشافعي في «مسنده» ١/ ٣٣٨ (١٥٦١) وابن حبان ١١/ ٣٢٥ (٤٩٥٠) والحاكم ٤/ ٣٧٩ وصححه الألباني في «صحيح الجامع» (١٣١١٣).

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) في (ب): (إذا).

الملكِ؛ إذا اليدُ مرجعُ الدلالةِ في أسباب الملكِ فيَكتفىٰ بها.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1] أنه يشترط مع اليد أن تقع في قلبه أنه له، وقيل: هٰذا تفسير لإطلاق قول محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1] للرواية.

وقيل: لابدَّ مع اليدِ من التصرفِ؛ لأنَّ اليدَ متنوعةٌ إلىٰ أمانةٍ وملكٍ، ولكنَّ التصرفَ أيضًا متنوع إلىٰ إنابةٍ وأصالةٍ، والمسألة علىٰ وجوهٍ إن شاهد المالك والملكُ حلٌّ له أن يشهدَ وإن لم يعاينهما لا يحل. وإن شاهدَ المالكِ دون الملكِ لا يحل أيضًا. وإن شاهدَ الملكِ بحدوده دون المالكِ جازت الشهادةُ ٱستحسانًا؛ لأنَّ النسبَ ثبت بالتسامعِ، وأمَّا العبدُ والأمةُ فإن كان يعرف رقهما جازت الشهادةُ استحسانًا[2]؛ لأن التوقيفَ ليس في يدِ نفسِه وإن لم يعرف رقهما فإن كانا صغيرينِ لا يعبران عن أنفسهِما جازت الشهادةُ أيضًا؛ لأنه لا يدَ لهما، وإن كانا كبيرينِ ولا يعرفُ رقهما (لا تجوز)[3] الشهادةُ بهما وهو المستثنىٰ في الكتابِ لظهورِ يدهِما علىٰ أنفسهِما فتدفع يد غيرهما عنهما، ويدُ الغيرِ عليهما هو دليلُ الملكِ، وعندَ عدمهِ يعدم المطلق[4] للشهادةِ، وهٰذا المذكورُ من الاستثناءِ هو الصحيح. وقد روي عن أبي حنيفة[5] رَحِمَهُ ٱللَّهُ جواز[6] الشهادةِ بهما أيضًا، وإن كانا كبيرينِ ٱعتبارًا بالثيابِ، والفرقُ ظاهرٌ لوجودِ يدهِما علىٰ أنفسهما وعدم ذلك في الثيابِ.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٤١، و«الهداية» ٣/ ١٣٤-١٣٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٤٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٥٧.

(٢) من (ب).
(٣) في (ب): (تجوز).
(٤) في (ب): (الملك).

(٥) «الاختيار» ٢/ ٤١٧، و«فتح القدير» ٧/ ٣٩٦، و«البحر الرائق» ٧/ ٦٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٧١.

(٦) في (ب): (أن).

فصل:

فيمن تقبل شهادته وفيمن لا تقبل

قال: (ورددنا، شهادةَ /١٥٦أ/ الأعمىٰ مطلقًا، وقبولها فيما سبيله السمع رواية، ويجيزها إن تحملها بصيرًا ولو عمي بعد الأداءِ ٱمتنع القضاء ويأمر به).

هٰذِه مسائل:

الأولىٰ: أنَّ شهادةَ الأعمىٰ مردودةٌ غيرُ مقبولةٍ.

وقال زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1]: وهو مذهبُ مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2] يقبلُ فيما سبيله التسامعُ وهو روايةٌ عن أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1]، وقد زادَ الروايةَ في الكتابِ واكتفىٰ بالخلافِ مع زفر[3] عن نصبِه مع مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2]، ومعنىٰ قوله: (مطلقًا) أي أنَّ شهادتَه مردودةٌ سواء كانت فيما سبيله السمعُ أو غيره وفسر بذكر[4] الروايةِ عقيب قيد الإطلاقِ معناه وكشفه، وهٰذِه الروايةُ مطابقةٌ لمذهب زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2] فعرف مذهبُ زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ[3] على التفصيلِ من قيدِ الإطلاقِ والتفسير بعده.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٣٢، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٣٦-٣٣٧، و«المبسوط» ١٦/ ١٢٩-١٣٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٤٩.

(٢) «التفريع» ٢/ ٢٣٦، و«المعونة» ٣/ ١٥٥٧، و«الكافي» ٤٦٤، و«التلقين» ٢/ ٥٤٢.

(٣) «الهداية» ٣/ ١٣٥، و«الاختيار» ٢/ ٤١٩، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢١٧-٢١٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٧٧.

(٤) في (ج): (بذلك).

المسألة الثانية: قال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ[(١)] -وهو مذهبُ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ[(٢)]: إذا تحملَ الشهادةَ في الديونِ أو في العقارِ فيما لا يحتاجُ فيه إلىٰ[(٣)] الإشارةِ إلىٰ المدعي، ثم ذهبَ بصرُه فشهدَ قبلت شهادتُه.

وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله[(١)]: لا تقبل.

وجه (قولِ زفر: أنَّ الحاجةَ في هٰذِه الشهادةِ إلىٰ سمعِه وهو صحيحٌ لا آفة به.

وجه) قولِ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه حصلَ العلمُ له بالعيانِ وقتَ التحمل، وأداؤه صحيحٌ؛ لاختصاصهِ بالقولِ وهو غيرُ محتاجٍ إلى الإشارةِ فيحصل تعريفُ المشهودِ عليه بذكر نسبهِ، كما إذا شهدَ على الميتِ وهو عدلٌ فتقبل.

ولنا[(١)]: أنَّ الأداءَ يفتقرُ إلى التمييز بين المشهودِ له والمشهودِ عليه؛ إذ التعريفُ بالنسبةِ مع حضورهما[(٤)] لغوٌ، والإشارةُ شرطٌ ولا يمكنه التمييزُ إلَّا بالنغمة، وفي ذلك شبهة لا يجوز معها قبولُ الشهادةِ؛ لفواتِ ما هو الركنُ وهو التمييزُ بالإشارةِ وصار كالحدودِ والقصاصِ.

المسألة الثالثة: وهي من الزوائدِ، إذا أدى الشهادةَ ثم عَمِي.

قال أبو حنيفة[(٥)] ومحمد[(٥)] رحمهما الله: لا يجوز القضاءُ بها.

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٣٣٦-٣٣٧، و«فتح القدير» ٧/ ٣٩٨-٣٩٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٧٧، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٧٦.

(٢) «الأم» ٦/ ٣٠٤-٣٠٥، و«التنبيه» ٢٦٩، و«الوجيز» ٢/ ٢٥٣، و«روضة الطالبين» ٨/ ٢٣٢-٢٣٣.

(٣) من (ب)، (ج).

(٤) في (ب): (خصوصهما).

(٥) «المبسوط» ١٦/ ١٢٩-١٣٠، و«الهداية» ٣/ ١٣٥، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢١٨، و«اللباب» ٤/ ٦٠.

وقال أبو يوسف رحمه الله[1]: يجوزُ القضاءُ بها؛ لأنها أديت بشرائطِها وأركانِها وقبلت فلا يؤثرُ هٰذا الحادث فيها بعد القبولِ ٱعتبارًا بما لو ماتَ أو غابَ.

ولهما: أنَّ بقاءَ أهليةِ الشهادةِ وقتَ القضاءِ شرطُ القضاءِ؛ لأنها تصيرُ حجةً عند القضاءِ وقد فاتت فلا يقضىٰ بها، وصارَ كما لو جنَّ[2] أو خرسَ أو فسقَ، بخلاف الموتِ؛ لأنَّ الأهليةَ تستقُر به ولا تبطلُ فإنَّ الشيء بانتهائه يتقررُ، وبخلافِ الغيبةِ بقيامِ الأهليةِ مع الغيبةِ.

قال: (ولا تقبل من العبد).

لأنَّ الشهادةَ من بابِ الولاية، ولا ولايةَ للعبدِ علىٰ نفسِه فبالأولىٰ أن لا تثبت له ولايةٌ علىٰ غيره[3].

قال: (ولا من الأصلِ لفرعهِ وبالعكسِ).

لا تقبلُ شهادةُ الوالدِ لولدهِ وولدِ ولدهِ وإن سفلَ، ولا شهادةُ الولدِ لوالدهِ وجده وإن علا[4]، والأصلُ فيه قولهُ عليه السلام: «**لا تقبل شهادةُ الولد لوالده[5] ولا الوالد لولده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته،**

---

(١) «اللباب» ٤/ ٦٠، و«الهداية» ٣/ ١٣٥، و«المبسوط» ١٦/ ١٢٩/ ١٣٠، و«تبين الحقائق» ٤/ ٢١٨.

(٢) في الأصل: (جنىٰ).

(٣) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٣٥-٣٣٦، و«المبسوط» ١٦/ ١٢٤-١٣٥، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٧٧، و«اللباب» ٤/ ٦٠.

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٣٥، و«الهداية» ٣/ ١٣٦، و«الاختيار» ٢/ ٤١٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٨٠.

(٥) سقط من (ب).

ولا العبد لسيده، ولا المولىٰ لعبده، ولا الأجير لمن ٱستأجره»[(١)].

ولأنَّ المنافعَ متصلةٌ بينَ الأولادِ والآباءِ. ألا ترىٰ أنه لا يجوزُ دفعُ الزكاة إليهم، فتكون شهادةٌ لنفسِه من وجهٍ، ولأنَّ في هٰذِه الشهادةِ تهمةً فلا تقبلُ، والمراد بالأجيرِ في الحديث -علىٰ ما قيل- هو التلميذُ الذي يَعُد ضررَ أستاذِهِ (ضررًا له)[(٢)] ونفَعه نفعًا له وقيل: الأجير مسانهةً أو مشاهرةً[(٣)]؛ لأنه (يستوجبُ الأجير)[(٤)(٥)] بمنافعِه عند أداءِ الشهادةِ فصير كالمستأجرِ عليها[(٦)].

قال: (ولا من المولىٰ لعبده ومكاتبه).

أمَّا العبدُ فلأن شهادةَ المولىٰ له شهادةٌ لنفسهِ من كلِّ وجهٍ إذا لم يكن عليه دَينٌ، وإن كان عليه دَينٌ فهو شهادةٌ لنفسهِ من وجهٍ؛ لأنَّ الحال[(٧)] موقوفٌ مراعىٰ، وأمَّا المكاتبُ فلأنَّ شهادتَه له شهادةٌ لنفسه من وجهٍ[(٨)].

---

(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ١٠٧: غريب لكن رواه عبد الرزاق ٨/ ٣٤٤، وابن أبي شيبة ٤/ ٥٣٢ عن شريح وإبراهيم وغيرهما.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) مسانهة: عامله بالسنَة، و«القاموس المحيط» ص١٢٣ مادة سنة.

(٤) في (ب): (لا يستوجب الأجر).

(٥) في (ب) و(ج): (الأجر).

(٦) «مختصر الطحاوي» ٣٣٥، و«الهداية» ٣/ ١٣٦، و«الاختيار» ٢/ ٤١٩، و«البحر الرائق» ٧/ ٨٠.

(٧) في (ب): (المال).

(٨) «حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٧٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٤٩، و«درر الحكام» ٢/ ٣٧٩، و«اللباب» ٤/ ٦١.

قال: (ولا من الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما).

لما ذكرنا آنفًا، وإنما قيَّدَ ذلك بما (هو من شركتِهما)؛ لأنّ شهادتَه له فيما عدا ذلك مقبولةٌ لانتفاءِ التهمةِ[1].

قال: (ونردها من أحد الزوجين للآخر).

شهادةُ أحدِ الزوجينِ[2] للآخر لا تقبل.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[3]: تقبلُ؛ لأنَّ الأملاكَ بينهما متميزةٌ والأيدي متحيزة[4] ولهذا يجري القصاصُ بينهما والحبسُ بالدَّين، وما يجري بينهما من النفعِ العائدِ إلى الشاهدِ لا اعتبارَ به في ردِّ الشهادةِ؛ لأنه ثابتٌ ضمنًا لا قصدًا، فصار كالغريمِ يشهد لمديونه المفلسِ.

ولنا[5]: ما رويناه؛ ولأنَّ اتصالَ المنافعِ بينهما عادة مما يوجب[6] إلحاقها بشهادةٍ جرَّت نفعًا[7] فلا تقبل بخلافِ شهادةِ الغريمِ؛ لأنّه لا يد له على المشهودِ به.

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٣٦، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٠، و«البحر الرائق» ٧/ ٨٢، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٢٠.

(٢) سقط من (ب).

(٣) «الأم» ٦/ ٣١٠، و«التنبيه» ٢٧٠، و«الوجيز» ٢/ ٢٥٠-٢٥١، و«روضة الطالبين» ٨/ ٢١٣، و«غاية البيان» ٣٢٩.

(٤) في (ب): (متحدة، وفي هامش الأصل: (مختلفة).

(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٣٥، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٣٤٣-٣٤٤، و«المبسوط» ١٦/ ١٢٢-١٢٤، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٧٧، و«إيثار الإنصاف» ٦٧٧-٦٨٠، و«اللباب» ٤/ ٦٠.

(٦) في (ب): (أوجبت).

(٧) في (أ): (مغنمًا).

قال: (وتقبل من الأخ لأخيه وعمه).

لعدمِ التهمةِ فلأنَّ[١] الأملاكَ بينهم والمنافعَ متباينةٌ، ولا انبساطَ لبعضهم في مالِ بعضٍ[٢].

قال: (وترد من مخنث).

يريد به المخنثَ في الرديء من الأفعالِ /١٥٦ب/ لكونه فاسقًا، فأمَّا الذي في ألفاظهِ لينٌ وفي أعضائه تكسرُ فذاك مقبولُ الشهادةِ[٣].

قال: (ونائحة ومغنية).

لارتكابهما المحرّم، فإنه ﷺ نهىٰ عن الصوتينِ الأحمقين: النائحةِ والمغنيةِ[٤][٥].

قال: (ومدمن الشرب على اللهوٌ).

لأنه مرتكبٌ محرمَ دينهِ[٦].

---

(١) في (ب): (فأن).

(٢) «الهداية» ٣/ ١٣٦، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٠، و«البحر الرائق» ٧/ ٩٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٤٩.

(٣) «المبسوط» ١٦/ ١٣١، و«فتح القدير» ٧/ ٤٠٨، و«درر الحكام» ٢/ ٣٧٩، و«اللباب» ٤/ ٦١.

(٤) «تبيين الحقائق» ٤/ ٢٢١، و«البحر الرائق» ٧/ ٨٥، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٧٩، و«درر الحكام» ٢/ ٣٨٠.

(٥) أخرجه الترمذىٰ فى الجنائز ، ورواه الحاكم فى المستدك في فضائل مارية القبطية.

(٦) «الهداية» ٣/ ١٣٧، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٢١، و«اللباب» ٤/ ٦١.

قال: (واللاعبُ بالطيورِ).

لأنَّ اللعبَ بها مما يؤثُر في اللاعبِ غفلةً، والمغفلُ ليس بأهلٍ للشهادةِ؛ ولأنه ربما كان (سببَ الاْطلاعِ)[1] علىٰ عوراتِ الناسِ فيستلزم ذلك اْرتكاب منكرٍ[2].

قال: (والمغني للناس).

لأنه يجمعهم علىٰ كبيرةٍ[3].

قال: (ومرتكب ما يوجب الحد).

لظهور فسقِه[4].

قال: (والذي يدخل الحمام بغير إزار).

لأنه اْرتكبَ حرامًا بكشفِ عورتِه[5][6].

قال: (ويأكل الرِّبا أو يقامر بالنرد والشطرنج).

لأنَّ كلَّ ذلك من الكبائرِ[5]، وقوله: (ويقامر) إشارةٌ إلىٰ نفس[7] اللعبِ

---

(١) في (ب): (سببًا للاطلاع).

(٢) «الهداية» ٣/ ١٣٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٢١-٢٢٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٨٧-٨٨، و«اللباب» ٤/ ٦١.

(٣) «الاختيار» ٢/ ٤٢٠، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٨٢، و«فتح القدير» ٧/ ٤٠٩، و«اللباب» ٤/ ٦٢.

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٣٢، و«المبسوط» ١٦/ ١٢٥-١٢٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٤٨، و«إيثار الإنصاف» ٦٩١-٦٩٣.

(٥) «الهداية» ٣/ ١٣٧، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٠، و«البحر الرائق» ٧/ ٩١، و«اللباب» ٤/ ٦٢.

(٦) ساقط من (ب).

(٧) في (ج): (أن).

بالشطرنجِ ليس بفسقٍ مانعٍ من الشهادةِ؛ لأنَّ للاجتهادِ فيه مساغًا، وقد شرطَ في الأصلِ أن يكون آكلُ الرِّبا مشهورًا بأكلِه، فإنَّ الإنسانَ قلَّما ينجو من البيوعِ الفاسدةِ وكلها ربا[١].

قال: (وبفعل ما يستحقر[٢] به كالأكلِ والبولِ على الطريق).

لأنه بذلك يصيرُ تاركًا للمروءةِ، وهٰذِه الأفعالُ إنما تصدر عن[٣] قليلِ الحياءِ فيصيرُ في شهادتِه متهمًا في ٱرتكابِ الكذبِ[٤].

قال: (ويظهر سبَّ السلف).

لأنه إذا أظهرَ ذلك فقد ظهرَ فسقُه بخلافِ من يكتمه؛ لأنه فاسقٌ مستورُ الحالِ[٥].

قال: (وتقبل من أهل الأهواء إلَّا الخطابية).

لأنهم فسقةٌ من حيث الٱعتقاد؛ لأنَّ الحاملَ له علىٰ ذلك إنما هو التدبرُ به، وذلك مانعٌ من ٱرتكاب الكذب، وصار كمن شرب المثلث مستبيحًا له، أو يأكل متروك التسميةِ عمدًا مستبيحًا له بخلاف الفاسقِ الذي[٦] يتعاطى الأفعالَ الموجبةَ للفسقِ، والخطابيةُ وهم المنسوبونَ إلىٰ أبي

(١) «الهداية» ٣/ ١٣٧، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٠، و«البحر الرائق» ٧/ ٩١، و«اللباب» ٤/ ٦٢.
(٢) في (ب): (يشهد).
(٣) في (ب): (من).
(٤) «اللباب» ٤/ ٦٤، و«فتح القدير» ٧/ ٤١٤، و«البحر الرائق» ٧/ ٩١-٩٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٨٣.
(٥) «الاختيار» ٢/ ٤٢١، و«الهداية» ٣/ ١٣٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٢٣، و«اللباب» ٤/ ٦٣.
(٦) من (ب).

الخطاب الكوفي يرون الشهادةَ واجبةً لشيعتهِم سواء كان صادقًا في دعواه أو كاذبًا. وقيل: يشهدونَ لمن حلفَ لهم وهٰؤلاء تردُّ شهادتهم؛ لظهورِ فسقِهم[١].

قال: (ونقبلها من أهل الذمة فيما بينهم).

شهادةُ أهلِ الذمةِ بعضهم علىٰ بعض، وإن ٱختلفت مللهم مقبولةٌ.

وقال مالك[٢] والشافعي[٣] رحمهما الله: لا تقبلُ؛ لأنهم فسقةٌ بأكبر[٤] أنواعِ الفسقِ، قال الله تعالىٰ: ﴿ وَٱلْكَٰفِرُونَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴾ [البقرة: ٢٥٤]، ولهٰذا لا تقبلُ شهادته[٥] على المسلمِ، وصار كالمرتد.

ولنا[٦]: أنه ﷺ قبلَ شهادة النصارىٰ بعضهم علىٰ بعضْ، ولأنَّ الذميَّ من أهلِ الولايةِ علىٰ نفسِه وأولادِه الصغار فيكون من أهلِ الشهادةِ علىٰ جنسه[٧]، وقد مرَّ أنَّ الفسق الٱعتقادي غير مانعٍ من قبول الشهادة؛ لأنه يجتنبُ ما يعتقده محرم دينِه، والكذبُ محرمٌ في جميعِ الأديانِ بخلاف المرتدِّ لعدم الولايةِ، وبخلافِ شهادةِ الذمي على المسلم، لعدم ولايتهِ

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٣٤-٣٣٥، و«المبسوط» ١٦/ ١٣٢-١٣٣، و«فتح القدير» ٧/ ٤١٥-٤١٦، و«اللباب» ٤/ ٦٣.
(٢) «التفريع» ٢/ ٢٣٧، و«بداية المجتهد» ٢/ ٨٢٧، و«التلقين» ٢/ ٥٣٤، و«عقود الجواهر الثمينة» ٣/ ١٣٩.
(٣) «الأم» ٦/ ٣٠٥، و«التنبيه» ٢٧٠، و«روضة الطالبين» ٨/ ١٩٩، و«الوجيز» ٤٩.
(٤) في (ب): (بأحد).
(٥) في (ب) و(ج): (شهادتهم).
(٦) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣٤٠-٣٤١، و«مختصر الطحاوي» ٣٣٥، و«المبسوط» ٦/ ١٣٤-١٣٥، و«إيثار الإنصاف» ٦٨١-٦٨٢، و«اللباب» ٤/ ٦٣.
(٧) في (ج): (نفسه).

عليه، ولأنه بسببِ قهرِ المسلمِ إياه وإذلاله متقول[١] عليه بخلافِ ملكِ الكفرِ حيث إنه لا يقهر بعضُهم بعضًا؛ لأنَّ ملةَ الإسلامِ هي الظاهرةُ على الكلِّ القاهرة للجميع[٢]، فلم يبق لهم عزةٌ يسيطرون[٣] بها، وشهادة الحربيِّ المستأمن على الذميِّ مردودة؛ لأنَّ الذميَّ أعلىٰ حالا منه؛ لأنه من أهلِ دارِنا، وتقبلُ شهادةُ الذمي عليه كشهادةِ المسلم عليه وعلى الذمي، وتقبلُ شهادةُ المستأمنين بعضهم علىٰ بعضٍ عند ٱتحادِ دارِهم، فإن ٱختلفتِ دورهم كالتركِ والرومِ لم تقبل؛ لأنَّ ٱختلافَ الدارِ يقطعُ الولايةَ، ألا ترىٰ أنه يمنعُ التوارثَ بخلافِ الذمي؛ لأنه من أهلِ دارِنا[٤].

قال: (وتقبل من العامل والأقلف والخصي وولد الزنا والخنثىٰ).

أمَّا العاملُ للسلطانِ فشهادتُه مقبولةٌ؛ لأنَّ نفسَ العمل ليس بفسقٍ اللهم إلَّا إذا كان عوانًا على الظلمِ، وقيل: إذا كان العاملُ وجيهًا في الناس ذا مروءة ولا يجازف في كلامه تقبل شهادتُه؛ لأنه من حيث وجاهتِه لا يقدمُ على الكذبِ حفظًا لجاههِ[٥] ومروءتِه ولمهابته عند الناسِ لا يستأجر على الشهادةِ الكاذبةِ، وهو من الزوائدِ.

---

(١) في (ب): (سلوك).

(٢) في (ب): (على الجميع).

(٣) في (ب، ج): (يستظهرون).

(٤) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣٤٠-٣٤١، و«مختصر الطحاوي» ٣٣٥، و«المبسوط» ٦/ ١٣٤-١٣٥، و«إيثار الإنصاف» ٦٨١-٦٨٢، و«اللباب» ٤/ ٦٣.

(٥) في (ب): (لوجاهته).

وأمَّا الأقلفُ لأن عدالتَه غيرُ مختلةٍ إلَّا أن يتركَ ذلك[١] ٱستخفافًا بالدينِ فحينئذٍ لا تقبلُ؛ لزوالِ عدالتهِ.

وأمَّا الخصي فلأنَّ عمر رضي الله عنه قبل شهادةَ علقمةَ وكان خصيًّا ولأنه مظلومٌ بقطعِ عضوٍ منه فصار كما لو قطعت يدُه.

وأمَّا ولدُ الزنا فلقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [فاطر: ١٨]. وفسقُ أبويه لا يستلزمُ فسقَه، كما أن كفرَهما وهو مسلمٌ لا يؤثرُ فيه. وأمَّا الخنثىٰ فلأنه إمَّا رجلٌ وإمَّا ٱمرأةٌ وكلا الجنسينِ مقبولُ الشهادةِ[٢].

قال: (ومن غلبت حسناته واجتنب الكبائر قبلت شهادته وإن ألمَّ بمعصية).

هٰذا هو الصحيحُ في حدِّ العدالةِ المعتبرةِ في بابِ الشهادةِ، فإن التوقي عن الكبائرِ كلها لابدَّ منه، ثم بعد ذلك يعتبرُ الغالبُ، فأمَّا الإلمامُ بمعصيةٍ لا يوجبُ نقضَ العدالةِ ولا تردُّ بها الشهادةُ؛ لأنَّ في ٱعتبارِ ذلك حرجًا عظيمًا، والحاجةُ ماسةٌ إلىٰ إحياءِ الحقوقِ[٣].

قال: (ولا تسمع علىٰ جرح ولا يحكم به).

وهٰذا لأنَّ الفسقَ مما لا يدخل تحتَ الحكمِ؛ لأنَّ الفاسقَ إذا تابَ ٱرتفع فسقُه /١٥٧أ/ والحكم للإلزامِ وحيث لا يتحقق الإلزامُ لا يتجه الحكمُ، ولأنَّ في ذلك هتكَ السترِ الواجبِ، اللهم إلَّا إذا شهدوا علىٰ

---

(١) من (ب)، (ج).

(٢) «الهداية» ٣/ ١٣٨-١٣٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٤٢٥-٤٢٦، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٢، و«البحر الرائق» ٧/ ٩٦، و«اللباب» ٤/ ٦٤.

(٣) «بدائع الصنائع» ٦/ ٤٢٣-٤٢٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٢٥، و«البحر الرائق» ٧/ ٩٦، و«فتح القدير» ٧/ ٤٢٠، و«اللباب» ٤/ ٦٤.

إقرارِ المدعي بذلك فإن الإقرارَ مما يدخل تحتَ الحكم. ولو أقام المدعىٰ عليه بينةً أن المدعي ٱستأجرَ الشهود لم تقبل بينته؛ لأنَّ هٰذِه البيِّنة ناطقةٌ بمجردِ الجرحِ فلا تسمع، والاستئجارُ وإن كان أمرًا زائدًا على الجرح إلَّا أنه لا يمكنُ إثباته لعدمِ الخصمِ في إثباتهِ حتىٰ لو أقامَ المدعىٰ عليه البيِّنة أنَّ المدعي ٱستأجرهم بعشرةِ دراهمَ ليؤدوا هٰذِه الشهادةَ، والعشرةُ دراهمُ من مالي الذي في يده قبلت الشهادةُ؛ لأنه خصمٌ في ذلك ثم يثبت الجرحُ تبعًا له؛ لأنه تعلق به تمامُ الحدِّ وهو ردُّ الشهادةِ، وكذا لو أقامها علىٰ أني صالحت الشهودَ علىٰ كذا من المالِ ودفعته إليهم علىٰ أن لا يشهدوا عليَّ بهٰذِه الشهادةِ الباطلةِ، وقد شهدوا وأنا مطالبهم بردِّ ما صالحتهم عليه من المالِ، ولهٰذا قلنا: لو أقامَها علىٰ أنَّ الشاهدَ عبدٌ أو محدودٌ في قذفٍ أو شاربُ خمرٍ أو كاذبٌ أو شريكُ المدعي قبلت[1].

قال: (ولم يقبلوا شهادةَ الصبيانِ في الجراح فيما بينهم قبل التفرق).

إذا شهد الصبيانُ بعضهم علىٰ بعضٍ في الجراح الواقعِ بينهم لا تقبلُ مطلقًا.

وقال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ[2]: تقبلُ قبل تفرقهم؛ لأنه لولا قبولها وليس بحضرتهم غيرهم فيفضي إلىٰ تعطيلِ هٰذِه الحقوق.

---

(١) «الهداية» ٣/ ١٣٩-١٤٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٢٧- ٢٢٨، و«البحر الرائق» ٧/ ٩٨-٩٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٨٦-٤٨٧.

(٢) «التفريع» ٢/ ٢٣٧، و«المعونة» ٣/ ١٥٢٥، و«بداية المجتهد» ٢/ ٨٢٦، و«التلقين» ٢/ ٥٣٩.

ولنا[١]: أن الموجبَ للقضاءِ هو البيِّنة التي يغلب علىٰ ظنِّ القاضي صدقها باعتبارِ أنهم صدقةٌ لا يرتكبون محرمَ دينهم وهو الكذبُ، وشهادةُ الصبيانِ لا تفيدُ غلبةَ الظنِّ بالصدقِ؛ لعدم حرمةِ الكذبِ عليهم فلا يكون قولُهم موجبًا للحكمِ.

قال: (وشاهد الزور يشهَّر وزادا ضربه وحبسه).

قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٢]، في شاهدِ الزورِ: أشهرّه في السوق ولا أعزِّره. وقالا[٣][٤] (يوجع ضربًا ويحبسُ)[٥].

قيل: لا خلاف في المسألةِ؛ لأنَّ قولهما في غيرِ التائبِ وقوله في التائبِ: وهو لا يستحق التعزيرَ وهما أجابا في الذي لم يتب وأنه يستحقُ التعزير؛ لأنه أتىٰ منكرًا ليس فيه حدٌّ مقدرٌ.

قيل: بل قولُ أَبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٤]: أنَّه لا يُعزرُ ٱكتفاءً بإشهارهِ في سوقِهِ أو بيْنَ قَوْمِهِ (لما في)[٦] ذلك تعزيرٌ، بل أشد منه عند بعضِ النَّاسِ، وقد روي أن شُريحًا كان إذا أَخَذَ شاهدَ زُورٍ بعثَ به إلىٰ سوْقِهِ[٧] إن كان سوقيًّا أو إلىٰ قومِهِ وقتَ ٱجتمَاعِهِم بعدَ العصرِ، فنقول: إنَّ شريحًا

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٣٧-٣٣٨، و«المبسوط» ١٦/ ١٣٦.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٤٢، و«الهداية» ٣/ ١٤٦-١٤٧، و«البحر الرائق» ٧/ ١٢٥-١٢٦، و«اللباب» ٤/ ٧٠.

(٣) في (ب) و(ج): (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٤٢، و«المبسوط» ١٦/ ١٤٥، و«فتح القدير» ٧/ ٤٧٥-٤٧٧، و«اللباب» ٤/ ٧٠.

(٥) ساقط من (ب).

(٦) في (ب): (لأن).

(٧) في (ب): (السوق).

يُقرئِكم السلامَ ويقول: إنَّا وَجَدْنا هٰذا شاهدَ زور فاحذروه وحذروا الناسَ منه. وهما أخذا بما فَعَلَ عمر ﷺ بشاهدِ الزور، فإنه ضرَبَه وسخَمَ وجهَه؛ ولأنَّ ذلك كبيرةٌ يتعدىٰ ضررُها إلى العباد، وليس فيها حدٌّ مقدرٌ فيُعَزَّر.

وأبو حنيفة رحمه الله[1] حَمَل فِعْلَ عمر ﷺ على السياسةِ بدليل ما روي أنَّه بلغَ بضرْبه أَرْبعينَ وبدلالةِ تسخيم الوجه.

وذكر شمسُ الأئمةِ السرخسيُّ ﷺ[2] أنَّه يشهَّر مع الضَرْبِ والحَبْسِ عندهما، والضَرْبُ والحّبْسُ مقدرٌ بما يراه القاضي.

وذكر في «الجامع الصغير»[3] شاهدان أقرا أنَّهما شهدا بالزورِ لم يُضرَبا.

وقالا[1]: يُعزَّران.

وفائدةُ ذلك: أنَّ شاهدَ الزورِ في حقِّ ترتيبِ هٰذا الحكمِ عليه هو المقرُّ علىٰ نفسِهِ بذلك؛ لأنَّه لا طريقَ إلىٰ إثبات ذلك عليه بالبيِّنة؛ لأنَّ ذلك نفي للشهادةِ، والبيِّنة موضوعةٌ للإثبات دَوُنَ النَّفي[1].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٤٢، و«المبسوط» ١٦/ ١٤٥، و«فتح القدير» ٧/ ٤٧٥-٤٧٧، و«اللباب» ٤/ ٧٠.

(٢) «المبسوط» ١٦/ ١٤٥.

(٣) «الجامع الصغير» ٣٩١.

فصلٌ:

في الاختلافِ في الشَّهَادَةِ

قال: (ويجب توافقُ الشهادةِ، والدَّعوىٰ).

الشهادةُ إذَا وافقتِ الدعوىٰ كانت مقبولةً، وإن خالفتها لم تُقْبل؛ لأنَّ ما هو من حقوقِ العبادِ فتقدُّم الدعوىٰ علىٰ الشهادةِ شرطٌ فيه، فإذا وافقتْها الشهادةُ فقد وُجدَ الشرطُ، وإن خالفتها لم يوجد؛ لأنَّ الدعوى السابقة غير ما قامتِ بها[1] الشهادةُ فخلت الشهادةُ عن تقدمِ الدعوىٰ فلا تُسمعُ[2].

قال: (واتْفَاقُ الشاهدين لَفْظًا ومَعْنىٰ شرطٌ، فَلَو شَهِدَ هٰذا بأَلفٍ وذاك بألفينِ والدعوىٰ بالأكثر فهي مردودةٌ وقبلاها في الألفِ).

اتفاقُ الشاهدين (لَفْظًا ومعنىٰ)[3] شرطٌ عِنْدَ أبي حَنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ[4] حتىٰ إذا ادَّعىٰ علىٰ آخَر ألفين وأقام بيِّنةً فشهد أحدُهما بألفينِ وشهد الآخرُ بألفٍ ردتْ هٰذِه الشهادةُ عنده.

وقالا[4]: تُسمع علىٰ ألفٍ، وعلىٰ هٰذا المائةُ والمائتانِ والطلقةُ والطلقتانِ، والطلقةُ والثلاثُ.

---

(١) من (ب).

(٢) «الهداية» ٣/ ١٤٠، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٢٩، و«البحر الرائق» ٧/ ١٠٣، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٤٩٢.

(٣) في (ب): (في اللفظ والمعنىٰ).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٤٢-٣٤٣، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٣٤٨-٣٤٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٤٣٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٨٠، و«فتح القدير» ٧/ ٤٦٣.

لهما: أنَّهما ٱتفقا على الألفِ والطلقة، واختلفا في الزائدِ فيثبتُ ما وقعَ الٱتفاقُ عليه دونَ ما وقعَ الٱختلافُ فيه، وصار كالألفِ والألفينِ والخمسمائةِ.

وله: أنَّ ٱختلافَهما لَفْظًا دليلٌ على ٱختلافِهما معنىٰ؛ لأنَّ المعنىٰ يستفادُ مِنْ اللفظِ، وهٰذا لأنَّ الألفَ لا يُعبَّرُ بها عن الألفينِ، بَلْ هُمَا جَمْلتانِ متبَاينَتانِ وقَدْ حَصَلَ علىٰ كلٍّ من الجملتينِ شاهدٌ واحدٌ فلم تتم البيِّنة، وصَارَ كما لو ٱختلف في[1] جنسِ المالِ[2].

قال: (وهٰذا بألفٍ وذاك بألفٍ وخمسمائة، والدعوىٰ بالأكثرِ قبِلَتْ في الألْفِ).

إذا ٱدَّعىٰ علىٰ آخر ألفًا وخمسمائة فأقامَ بيِّنةً فشهد أَحدُ الشاهدينِ بألفٍ والآخرُ بألفٍ وخمسمائةٍ قُبلتْ بالألف ٱتفاقًا؛ لاتفاقِ الشاهدين على الألفِ لفظًا ومعنىٰ؛ لأنَّ الألفَ والخمسمائةَ جملتانِ /١٥٧ب/ عطفت إحداهما على الأخرىٰ، والعطفُ يوجبُ تقريرَ المعطوف عليه، ونظيره الطلقة، والطلقة والنصف، والمائة والمائةُ والخمسون، بخلافِ العشرةِ والخمسة عشر؛ لعدمِ الحرفِ العاطفِ الذَّي به يتقررُ المعطوف عليه فهو نظيرُ الألفِ والألفين، وبهذا التقريرِ حَصَلَ جوابُ قياسهما، ولو قال المدعي: لم يكن لي إلَّا الألفُ. فشهادةُ الشاهدِ بألف وخمسمائة باطلةٌ؛ لأنَّ المدعي كذَّبه في المشهودِ به فلذلك قال: (والدعوىٰ بالأكثر) ولو سَكَت عن الزائدِ على الألفِ لم تقبل الشهادةُ علىٰ ألفٍ وخمسمائة؛

---

(١) من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٤٢-٣٤٣، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/٣٤٨-٣٤٩، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٤٣٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٨٠، و«فتح القدير» ٧/ ٤٣٦.

لأنَّ تكذيبَه ظاهرٌ، اللهمَّ إلَّا أن يقول: كان أصلُ حقي ألفا وخمسمائة فاستوفيتُ الخمسمائةَ أو أبرأتُه عنها. فحينئذٍ تُسمعُ؛ لحصولِ التوفيقِ بَيْن الشهادةِ والدَّعوىٰ[(١)].

قال: (ولو شهدا بألفٍ، وقال أحدُهُما: قضاه نصفها قُبِلت في الألفِ لا في القضاءِ).

إذا ٱدَّعىٰ علىٰ آخر ألف درهم فأقام بيِّنةً فشهد أحدهما بها وشهد الآخرُ، ثُمَّ قال: قضاه منها خمسمائة. قُبِلَتْ شهادتُه في الألفِ ولم تقبل في قولِهِ: قضاه خمسمائة. إلَّا إن شهد معه آخر، وهٰذا لأنَّهما ٱتفقا على الألفِ فلزمت وتفرد أحدُهُما بالقضاءِ فلا تسمع، فإذا شَهِدَ معه آخرُ تمتِ البيِّنة على القضاءِ فتسمعُ[(٢)].

قال: (وينبغي أن يمتنعَ عنها حتىٰ يقرَّ المدعي بالقبضِ).

ثُمَّ إنَّ الشاهدَ إذا عَلِم أنَّه قضاه نصفها ينبغي له أن لا يشهدَ بالألفِ حتىٰ يقرَّ المدعي أنَّه قَبَضَ خمسمائة؛ كيلا يصيرَ مُعِينًا علىٰ ظُلمِ المدَّعىٰ عليه بشهادتِهِ عليه بألف يعلمُ أنَّه قد ادَّعىٰ نصفها[(٣)].

---

(١) «المبسوط» ١٦/ ١٧٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٨٠-٢٨١، و«بدائع الصنائع» ٦/ ٤٤٠، و«اللباب» ٤/ ٦٥، و«درر الحكام» ٢/ ٣٨٥.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٤٣، و«الهداية» ٣/ ١٤١، و«البحر الرائق» ٧/ ١١٣، و«اللباب» ٤/ ٦٥-٦٦.

(٣) «الهداية» ٣/ ١٤١، و«الاختيار» ٢/ ٤١٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٣٢، و«اللباب» ٤/ ٦٦.

قال: (ولو شَهِدَ أحدُهُما بِنكاحٍ بألفٍ والآخر به بألفٍ وخمسمائةٍ فهي مقبولةٌ بألفٍ وردَّاها كالبيع).

إذا شَهِدَ أَحدُ الشاهدين بالنكاحِ بألفٍ وشهد الآخرُ بالنكاحِ بألفٍ وخمسمائةٍ، قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1]: يُحكم بالنكاحِ بألفٍ.

وقالا[1]: لا تُقْبل هٰذِه الشهادةُ.

وفي «الأمالي» قولُ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ مع أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، لهما أنَّ المشهودَ به عقدان مختلفان، فإنَّ النكاحَ بألفٍ غير النكاح بألفٍ وخمسمائة، ولم يتم نصابُ الشهادةِ علىٰ أحدِهِما فلا يحكم بشيءٍ كالبيع، فإنَّه إذا شَهِد أحدُهُما أنَّه ٱشترىٰ عبدَ فلانٍ بألفٍ، وشهد آخرُ أَنّه ٱشتراه بألفٍ وخمسمائة، فإنَّ الشهادةَ باطلةٌ؛ لأنَّ المقصودَ إثباتُ السببِ وهو العقدُ، والعقدُ[2] يختلفُ باختلافِ الثمنِ فاختلف المشهودُ به ولم تتم البيِّنة علىٰ كلِّ واحدٍ كذلك هٰهنا، والتنبيه علىٰ هٰذا القياس من الزوائدِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[3]: أنَّ المالَ أمرٌ تابعٌ في بابِ النكاحِ، والأصلُ فيه الحلُّ والملكُ والازدواجُ. وهما متفقان علىٰ ما هو الأصل فيثبت، ثم يحكم بالأقلِّ؛ لوقوعِ الٱختلافِ فيما هو تابعٌ، وقد ٱتفقا على الأقلِّ وتستوي دعوىٰ أقلِّ المالين، وأكثرُهُما هو الصحيحُ بخلافِ البيعِ؛ لأنَّ

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٤٣-٣٤٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٨١-٢٨٢، و«الهداية» ٣/ ١٤٢-١٤٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٣٤-٢٣٦.

(٢) في (ج): (والعبد).

(٣) «مختصر الطحاوي» ٣٤٣-٣٤٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٨١-٢٨٢، و«الهداية» ٣/ ١٤٢-١٤٣، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٣٤-٢٣٥.

الثمنَ فيه مقصودٌ. ألَا ترىٰ أنَّه لا يصحُّ البيعُ بدونِ تسميةٍ ويصحُّ النكاحُ بغير تسمية مهرٍ، ثُمَّ قيل: هٰذا الاختلافُ فيما إذا كانتِ المرأةُ هي المدعيةُ.

وأمَّا إذا كان الزوجُ هو المدَّعي فالإجماعُ[1] علىٰ أنَّه لا تقبل، لأنَّ مقصودَها[2] قد يكون المالُ، ومقصودُه (ليس إلَّا العقدُ)[3]، وقيل: بَلْ الخلافُ في الفصلينِ. وهٰذا أصحُّ وعلىٰ هٰذا بنى الإطلاقَ في الكتابِ ولم يعيّن المدعي[4][1].

قال: (وإذا شهدت بيِّنة بَقتلِهِ زيدًا يوم النحرِ بمكةَ، وأخرىٰ به يوم النحر بالكوفةِ لم تقبلا، فإن حكمَ بالسابقةِ لغتْ الأخرىٰ).

أمَّا الأولُ فلأنَّ إحدى البيِّنتينِ كاذبةٌ بيقينٍ لحصولِ التناقضِ الصريحِ، ولا مرجح لأحدهما على الأخرىٰ.

وأمَّا الثاني فلأنَّه إذا سبقتْ إحدى البيِّنتين فَحكمَ الحاكمُ بها، ثم حضرتْ الأخرىٰ فشهدتْ بما ناقضَ الأولىٰ لم يسمع من[5] الثانيةِ، والحكمُ بالأولىٰ ماضٍ لترجيحِ البيِّنة الأُولىٰ على الآخرةِ باتصالِ القضاءِ بها فلا تنقض[6].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٤٣-٣٤٤، و«الهداية» ٣/ ١٤٢-١٤٣، و«مختصر قاضيخان» ٥/ ٢٨١-٢٨٢، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٣٤-٢٣٥.

(٢) في (ب): (المقصود).

(٣) في (ب)، (ج): (ليس العقد).

(٤) في (ب): (الدعوىٰ).

(٥) من (ب).

(٦) «المبسوط» ١٦/ ١٧٢، و«البحر الرائق» ٧/ ١١٤، و«فتح القدير» ٧/ ٤٤٣، و«اللباب» ٤/ ٦٦.

قال: (ولو أَقَامَ ذو اليدِ بيِّنةً علىٰ بيعِ دارهِ من فلانٍ بألف في رمضانَ، وفلانٌ أنه ٱرتهنها منه بخمسمائةٍ في شوَّال رجح الرهن وهما البيع).

رجلٌ ٱدَّعىٰ أنَّه باعَ دارَهُ التي في يدهِ من فلانٍ بألفِ درهمٍ في شهرِ رمضانَ، وأقامَ علىٰ ذلك بيِّنةً، فادَّعىٰ فلانٌ أنَّه ٱرتهن منه هٰذِه الدارَ بخمسمائةٍ في شوال.

قال أبو حنيفةَ وأبو يوسف رحمهما الله[1]: يُمضَى البيعُ في رمضانَ، ويقضي لذي اليدِ علىٰ فلانٍ بخمسمائةِ درهمٍ وتجعلُ الخمسمائةُ التي أقامَ فلانٌ البيِّنة علىٰ أنه (أدانها ذا اليدِ)[2]وأخذَ الدارَ منه (رهنًا عليها)[3] قضاءً لنصفِ الألفِ الواجبةِ عليه ثمنًا.

وقال محمدٌ رحمه الله: (بيِّنةُ الرهنِ)[4] أَوْلىٰ؛ لأنَّ الرهنَ في شوال ينقضُ دعوىٰ ذي اليدِ البيعَ في رمضانَ؛ لأنَّ فلانًا أثبتَ ببينته إقرارَ البائع بالرهنِ في شوال، فكان كالثابتِ عيانًا، ولو أقرَّ بذلك صريحًا لم يصح منه دعوى البيع في رمضانَ لموضعِ التناقضِ فكذا هٰهنا.

ولهما: أنَّ البيعَ أقوىٰ من الرهن لأنَّ البيعَ يوجبُ الملكَ في البدلينِ والرهنَ لا يوجبهُ، وقد تعذَّرَ العملُ بالبينتينِ فترجَّحَ الأقوىٰ وهو البيعُ، وكما أنَّ المرتهَن أثبتَ ببينته إقرارَ البائِع[5] في شوَّال بالرهنِ،

---

(١) «المبسوط» ١٦/ ١٦٢-١٦٣.

(٢) في (ج): (ارتهنها ذو اليد).

(٣) في (ب): (رضًا عليهما).

(٤) في (ب): (بينته على الرهن).

(٥) في (ب): (الراهن)، وفي (ج): (المريض).

فكذلك البائعُ أثبتت بينتُه إقرارَ المشتري بالشراءِ منه في رمضانَ /١٥٨أ/ وذلك يمنعُه من دعوى الرهنِ في شوال فتعارضا فرجَّحنا أقوى الحجتينِ[١].

قال: (ولو شهدا برهنٍ وقبضٍ، واختلفا في المكانِ أو الزمانِ أبطلها).

إذا شهدا بالرهنِ والقبضِ المعاينِ، واختلفا في المكانِ أو في الزمانِ أو في الزمانِ أو فيهما تقبلُ شهادتُها عند أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ رحمهما الله ٱستحسانًا.

وقال محمد رحمه الله وهو القياسُ: لا تقبلُ شهادتهما؛ لأنَّ القبضَ فعلٌ فالاختلافُ في زمانِهِ أو مكانِهِ مانعٌ من قبولِ الشهادةِ به كما في الغصبِ والقتلِ؛ لأنَّ المشهودَ به عند ٱختلافِهما في الزمانِ أو المكانِ مختلفٌ، إذ الفعلُ الموجودُ بهٰذا المكانِ غيرُ موجودٍ بذلك المكانِ الآخر.

ولهما: أنَّ القبضَ بحكمِ الرهنِ قد يتكرَّرُ، فإنَّ الراهَن لو أعادَ الرهنَ إلىٰ يدهِ بغيرِ إذنِ المرتهنِ أو ٱستعارَهُ من المرتهنِ ثم أعادَهُ إلىٰ يده، فإنَّ هٰذا القبضَ الثاني هو القبضُ الأولِ حكمًا حتىٰ أنَّه يكون مضمونًا بقيمته عند القبضِ الأولِ، وإذا ثبتَ أنَّه يتكررُ التحق هٰذا الفعلُ بالقولِ فلا يختلفُ المشهودُ به باختلافِهما في المكانِ أو الزمانِ أو فيهما بخلاف الغصبِ والقتلِ، وصار كما إذا شهدا بالرَّهنِ، وإقرار الرَّاهنِ بالقبضِ، وعلىٰ هٰذا الخلافِ الهبةِ والقبض والصدقة والقبض.

(١) «المبسوط» ١٦/ ١٧٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٨٧.

قال: (وأجزناهَا معه في البيع).

أي: أجزنا الشهادة مع الاختلافِ بين الشاهدين في وقتِ البيعِ أو مكانِهِ، ولا يمنعُ ذلك قبولَ شهادتهما. وقال زفر رَحِمَهُ اللَّهُ[١]: يمنعُ لأنَّهما بيعانِ لم يتم نصابُ الشهادةِ علىٰ أحدِهِما.

ولنا[٢]: أنَّ البيعَ قولٌ، والقولُ يتكررُ، فكان الثاني دالًا علىٰ ما دلَّ عليه الأوَّلُ، ونصابُ الشهادةِ كاملٌ علىٰ ما دلَّ عليه القولان فيقبل.

قال: (ولو شهدَ مولَيا أمةٍ علىٰ طلاقِ زوجِهَا وهي تجحدُ يقبلها وردَّها).

قال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا كانت أمةٌ بين رجلين ولها زوجٌ فشهدا أنَّ زوجها طلَّقها وهي تجحدُ طلاقَهُ تُقبلُ شهادتُهما؛ لأنها شهادةٌ عليها لا لها. وقال محمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا تقبلُ؛ لأنَّ في الشهادةِ بطلاقِهِ عليها[٣] تخليصها من حبالة الزوجِ، فكانتِ الشهادةُ لها من هٰذا الوجهِ.

قال: (ولو اشترىٰ ذميٌّ دارًا من مسلم فادّعاها ذميٌّ أو مسلمٌ بشهادةِ ذميين يقبلها في حقِّهِ وردَّاها).

ذميٌّ اشترىٰ من مسلم دارًا ثم ادَّعاها مسلمٌ أو ذميٌّ فأقام شاهدين ذميين (لا تقبلُ عندهما[٤] مطلقًا)[٣].

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٣٥٣، و«المبسوط» ١٦/ ١٧٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٨٧-٢٨٨.

(٢) «المبسوط» ١٦/ ١٧٦-١٧٧.

(٣) من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٣٣٥، و«المبسوط» ١٦/ ١٣٤-١٣٦، و«الهداية» ٣/ ١٣٧-١٣٨، و«اللباب» ٤/ ٦٣.

قال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١]: تقبلُ في حقِّ الذميِّ دون المسلمِ؛ لأنهما يصلحان شاهدين على الذميِّ فيقضي[٢] بالاستحقاقِ دون رجوعِه بالثمنِ؛ لأنَّ القضاءَ (بالاستحقاقِ للمدعي)[٣] لا يكونُ قضاءً للمدعىٰ عليه وهو المشتري بالرجوعِ بالثمنِ على البائعِ.

أَلَا ترىٰ أنا نشترطُ أنْ يقولَ القاضي: حكمت بالاستحقاقِ لهٰذا المدعي، وفسختُ العقدَ الذي جرىٰ بين المدَّعىٰ عليه وبين بائعِهِ وحكمتُ له بالرجوعِ عليه، ولو كان الحكمُ بالاستحقاقِ حكمًا بالرجوعِ لما ٱحتاجَ القاضي إلى التصريحِ بذلك وهٰذا لأنَّ البيِّنة قامتْ علىٰ كافرٍ ومسلمٍ فتقبلُ في حقِّ الكافرِ دون المسلمِ، كشهادةِ ذميين بدَيْنٍ في تركةِ كافر خلَّفَ ٱثنين (أسلمَ أحدُهُما)[٤] فإنها تقبلُ على الكافرِ دونَ المسلمِ.

ولهما: أنَّ البيِّنَةَ قامتْ على المسلمِ؛ (لأنها أظهرتْ أنَّ المسلمَ باع ما لا يملكه والمشتري هٰهنا كالوكيل عنه في الخصومةِ، وشهادةُ الذميِّ لا تُقبلُ على المسلم)[٥]، والبيِّنةُ فيما ٱستشهدَ به[٦] قامتْ على الميِّتِ وهو كافرٌ، والقضاءُ متوجهٌ عليه لكنه لا يقضي على المسلمِ؛ لأنها ليستْ بحجةٍ في حقِّهِ بمنزلةِ إقرارِ أحدِهما بالدَّيْنِ فإنَّه لا يلزمُ الآخرَ؛ لأنَّه ليس بحجةٍ في حقِّه[١].

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٣٥، و«المبسوط» ١٦/ ١٣٤-١٣٦، و«الهداية» ٣/ ١٣٧-١٣٨، و«اللباب» ٤/ ٦٣.
(٢) في (ب)، (ج): (فيقتضىٰ).
(٣) في (ب): (باستحقاق المدعي).
(٤) في (ب): (أحدهما مسلم).
(٥) ساقطة من (ج).
(٦) من (ب).

فصلٌ:
في الشَّهادَةِ على الشَّهادَةِ

قال: (وتجوزُ الشَّهادَةُ على الشَّهادَةِ فيما لا يسقطُ بالشبهةِ).

الشهادةُ على الشهادةِ جائزةٌ في كلِّ حقٍّ لا يندرئُ بالشبهةِ، وهٰذا ٱستحسانٌ؛ لمساسِ الحاجةِ إليها، (فإنَّ شاهدَ)[1] الأصلِ قد يعرضُ له ما يعجزُ بسببهِ عن أداءِ الشَّهادةِ، فلولا[2] جوازُ الشَّهادَةِ علىٰ شهادتِهِ أفضىٰ إلىٰ إتواء الحقوق؛ ولهٰذا جازتِ الشَّهادةُ على الشَّهادةِ وإنْ كَثُرتْ وتعدَّدت، لٰكن من حيثُ إنَّ فيها شبهةُ البدليةِ لم يجز فيما يندرئُ بالشبهاتِ كالحدودِ والقصاصِ[3].

قال: (ولا يجوزُ من واحدٍ علىٰ واحدٍ، ونجيزها من ٱثنين (على ٱثنين)[4]).

وقال الشافعيُّ رحمه الله[5]: يشهدُ علىٰ شهادةِ كلٍّ من الأصلين شاهدانِ، فيكون شهودُ الفرعِ أربعةً؛ لأنَّ كلَّ شاهدين قائمان مقامَ واحدٍ فَصَارَ كالمرأتين.

---

(١) في (ب)، (ج): (فإنْ شهد).

(٢) في (ب): (فلو لم يكن).

(٣) «الهداية» ٣/ ١٤٤، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٣-٤٢٤، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٣٧-٢٣٨، و«البحر الرائق» ٧/ ١٢٠.

(٤) ساقطة من (ب).

(٥) «الأم» ٦/ ٢٣٢، و«التنبيه» ٢٧٢، و«الوجيز» ٢/ ٢٥٧-٢٥٨، و«روضة الطالبين» ٨/ ٢٦٥.

ولنا[١]: قولُ عليٍّ رضي الله عنه: لا تجوز (شهادة رجُلٍ)[٢] علىٰ شهادةِ رجلٍ إلَّا شهادةَ رجلينِ، ولأنَّ الرجلينِ نقلا شهادةَ الأصلِ وهو من الحقوقِ وقدْ تَمَّ علىٰ هٰذا الحقِّ نصابُ الشهادةِ، ثُمَّ شَهِدَ لحق آخر وهو نقلُ شهادةِ الآخر، وإنَّما لا تقبل شهادةُ واحدٍ علىٰ واحدٍ لما رويناه؛ ولأنه حقٌّ من الحقوقِ فلابدَّ من كمالِ نصابِ الشهادةِ عليه[٣].

قال: (ويقولُ (الأصليُّ)[٤]: أَشْهدْ /١٥٨ب/ علىٰ شهادتي أني أَشْهدُ أنَّ فلانًا أقرّ عندي بكذا، وأشهدني علىٰ نفسِهِ، والفرعيُّ عند الأداء: أَشْهدْ أنَّ فلانًا أَشْهدني علىٰ شهادتِهِ أنَّ فلانًا أقرَّ عنده بكذا، وقال لي: أَشهد علىٰ شهادتي بذلك).

أمَّا الأولُ وهو كيْفيةُ شهادةِ الأصلِ، فلأنَّ شاهدَ الفرعِ كالثابتِ عن شاهدِ الأَصْلِ فلابدَّ من التحميل والتوكيل، فلابَدّ أن يشهدَ كما شَهِدَ عند القاضي لتنقل شهادتُه إلىٰ مجلسِ القضاءِ، وقوله: (فأشهدني علىٰ نفسِهِ) ليس من اللوازِمِ، فإنَّ السَّامعَ إقرارَ غيرهِ يحلُّ له أنْ يشهدَ وإن لم يشهده علىٰ نفسِهِ.

---

(١) «المبسوط» ١٦/ ١٣٧، و«اللباب» ٤/ ٦٨، و«فتح القدير» ٧/ ٤٦٣، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٠٠.

(٢) من (ب).

(٣) «المبسوط» ١٦/ ١٣٧، و«فتح القدير» ٧/ ٤٦٣، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٠٠، و«اللباب» ٤/ ٦٨.

(٤) في (ب)، (ج): (الأصل).

وأمَّا الثاني وهو كيفيةُ شهادةِ الفرعِ عند الأداءِ فلأنَّ عليه أنْ يشهدَ بشهادةِ الأصلِ، وبذكر التحملِ. فافتقر الحالُ إلىٰ ذكرِ الثلاثةِ، وهٰذا اللفظُ المذكورُ في الكتابِ هو الوسطُ من الألفاظِ[١].

قال: (ولا تقبل من الفروعِ إلَّا لتعذرِ حضورِ الأصولِ مجلسَ الحكمِ[٢] بموتٍ أو سفرٍ أو مرضٍ).

شَهادةُ شهودِ الفروعِ موقوفةٌ علىٰ تعذرِ حضورِ شهودِ الأصلِ إلىٰ مجلسِ الحكمِ)[٣] بسببِ موتِهم أو بسببِ غيبتِهم مسيرةَ السفرِ وهي ثلاثةُ أيَّامٍ فَصَاعدًا، أو يمرضوا مرضًا لا يستطيعون معه حضورَ مجلسِ الحكمِ، وقد أَشَارَ إلىٰ ذلك بقوله: (لتعذرِ حضورِ الأصولِ) فإنَّ المرضَ الذي لا يتعذرُ معه الحضورُ لا يكون عذرًا؛ وهٰذا لأنَّ جوازَ هٰذِه الشهادةِ للحاجةِ، وإنَّما تكون الحاجةُ ماسَّةً إليها عند تعذرِ الأصولِ وعجزِهم[٤] عن أداءِ الشهادةِ وبهذه الأسبابِ تبين العجزُ، ولهٰذا ٱعتبرنا مدةَ السفرِ؛ لأنَّ البعدَ هنا مناطُ العجزِ، ولمَّا علَّقَ الشرعُ علىٰ تلك المسافةِ أحكامًا لبعدِها علَّق هٰذا الحكمَ أيضًا.

وروي عن أَبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٥] أنَّه إن كان في مكانٍ إذا ٱنطلَقَ لأداءِ الشهادةِ لا يستطيع البيتوتةَ في منزلِهِ صحَّ الإشهادُ إحياءً للحقوق، وهٰذِه

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٣٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٢٩٥-٢٩٦، و«الهداية» ٣/ ١٤٤-١٤٥، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٤.

(٢) في (ب): (القاضي).

(٣) ساقطة من (ج).

(٤) في (ب): (وغيرهم).

(٥) «الهداية» ٣/ ١٤٥، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٤٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١٢١، و«اللباب» ٤/ ٦٩-٧٠.

الروايةُ أرفق[١]، وبهذا أخذ الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله[٢].

قال: (ويجوزُ تعديلُ الفروعِ الأصولَ ، ونجيز سكوتَهم وينظر الحاكمُ في حالِهم، وأوْجَبَه).

إذا عدَّل الفروعُ الأصولَ جاز تعديلُهم؛ لأنَّهم من أهلِ التزكية فتصحُّ تزكيتُهُم، ولا فَرقَ بين تزكيتِهم وتزكيةِ غيرِهم ، فقصارى الأمر أن في ذلك منفعةً راجعةً إليه من جهةِ القضاءِ بشهادته ، إلَّا أنَّ العدلَ لا يُتَّهم بمثلِ ذلك.

ألا ترىٰ أنَّه لا يُتَّهم في شهادةِ نفسِهِ مع أنَّ ذلك موجودٌ في تَرْكِ فسْقِهِ وصلاحِهِ وعدالتِهِ، وكذلك لو شَهِدَ الشاهدان عند الحاكمِ بحقّ يعدل أحدُهُما صاحبَه جاز، وإن كان في ذلك تصحيحُ شهادتِهِ كذلك هٰذا، وإن سكتوا عن تعديلهم تجوز شهادتُهم عند أبي يوسفَ رحمه الله ، وعلى الحاكم النَّظرُ في حالِهم.

وقال محمدٌ رحمه الله[٢]: لا تقبل الشهادةُ إذا لم يعدّلوهم.

لأبي يوسف رحمه الله[٢] أنَّ شهودَ الفرعِ يلزمُهم نقلُ الشهادةِ دونَ تعديلِ الشهودِ؛ لأنَّه قد يخفىٰ عليهم فوَجَبَ الرجوعُ في ذلك إلى القاضي، كما يُرجع إليه في تعديلِ شهودِ الفرع؛ ولأنَّهم لما نقلوا قولَ الأصولِ فكأنَّهم حضروا بأنفسِهِم وشهدوا فسأل القاضي عنهم.

ولمحمدٍ رحمه الله[٣]: أنَّ نقْلَهم الشهادةَ متوقفٌ علىٰ علمهم بأنْها شهادةٌ، ولا شهادَةَ إلَّا بالعدالةِ، فإذا لم يعرفوا العدالةَ لم يعرفوا الشهادةَ، لا يصحُّ

---

(١) في (ب)، (ج): (أوفق).

(٢) «الهداية» ٣/ ١٤٥، و«البحر الرائق» ٧/ ١٢١.

(٣) «مختصر قاضيخان» ٥/ ٢٩٦-٢٩٧، و«اللباب» ٤/ ٧٠، و«فتح القدير» ٧/ ٤٦٩-٤٧٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٠١.

نقلُهم لها كما لو شهدوا علىٰ مَنْ لا يعرفون عقلَه، وإثباتُ خلافِهِما من الزوائدِ.

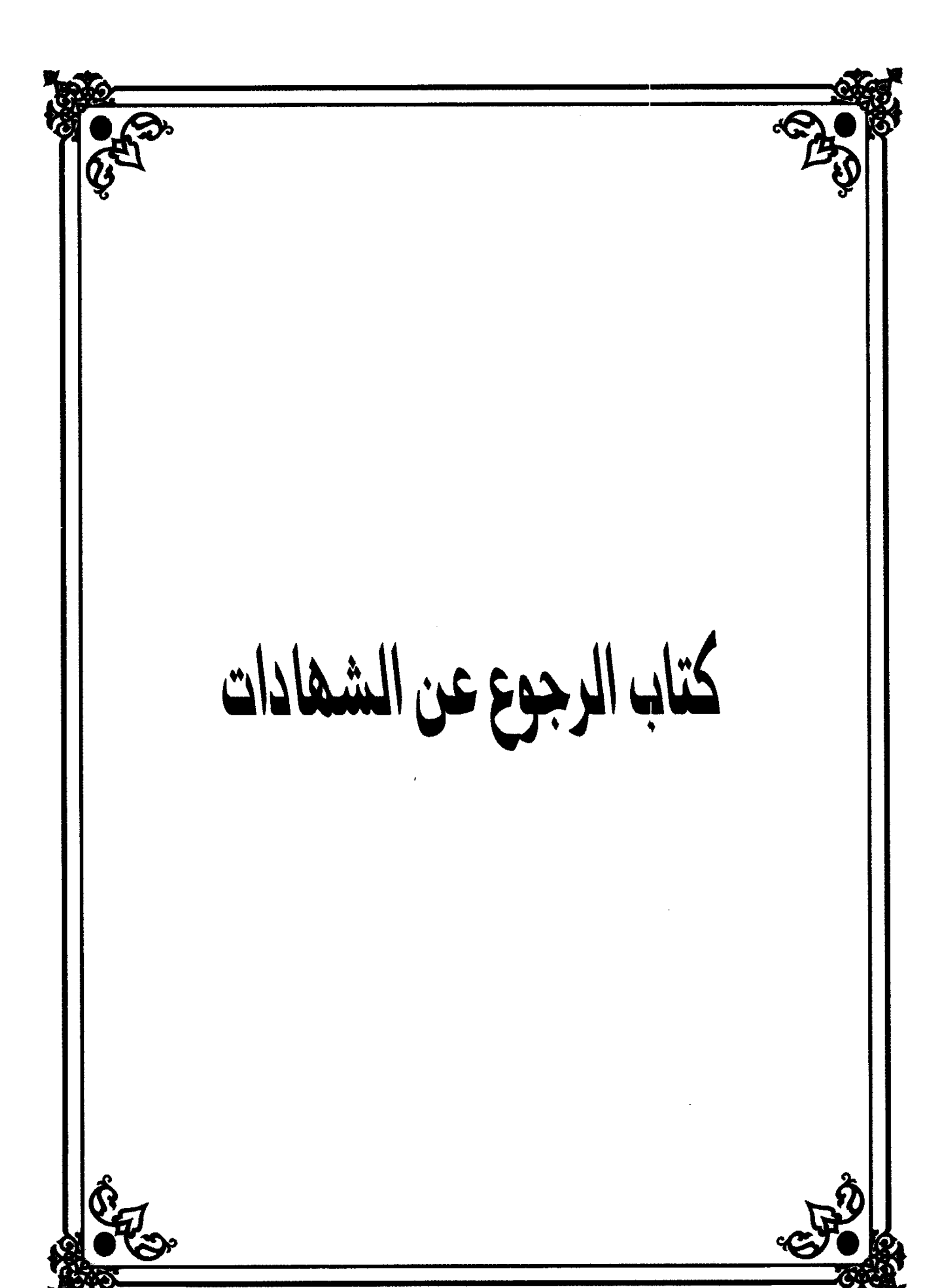
قال: (وإن أنكر الأصولُ شهادَتهم رُدَّت من الفروع).

وذلك لِمَا بيَّنا أنَّه لا تصحُّ شهادةُ الفروعِ إلَّا أن يقولوا: ٱشهَدوا علىٰ شهادتِنا، فإذا أنكروا أَصْلَ الشهادةِ تضمَّن إنكارُهُم عدمَ الإذنِ في الشَّهادةِ، فلا تقبلُ شهادتُهم مع فواتِ شيءٍ من لوازمِها. (والله أعلم)[١][٢].

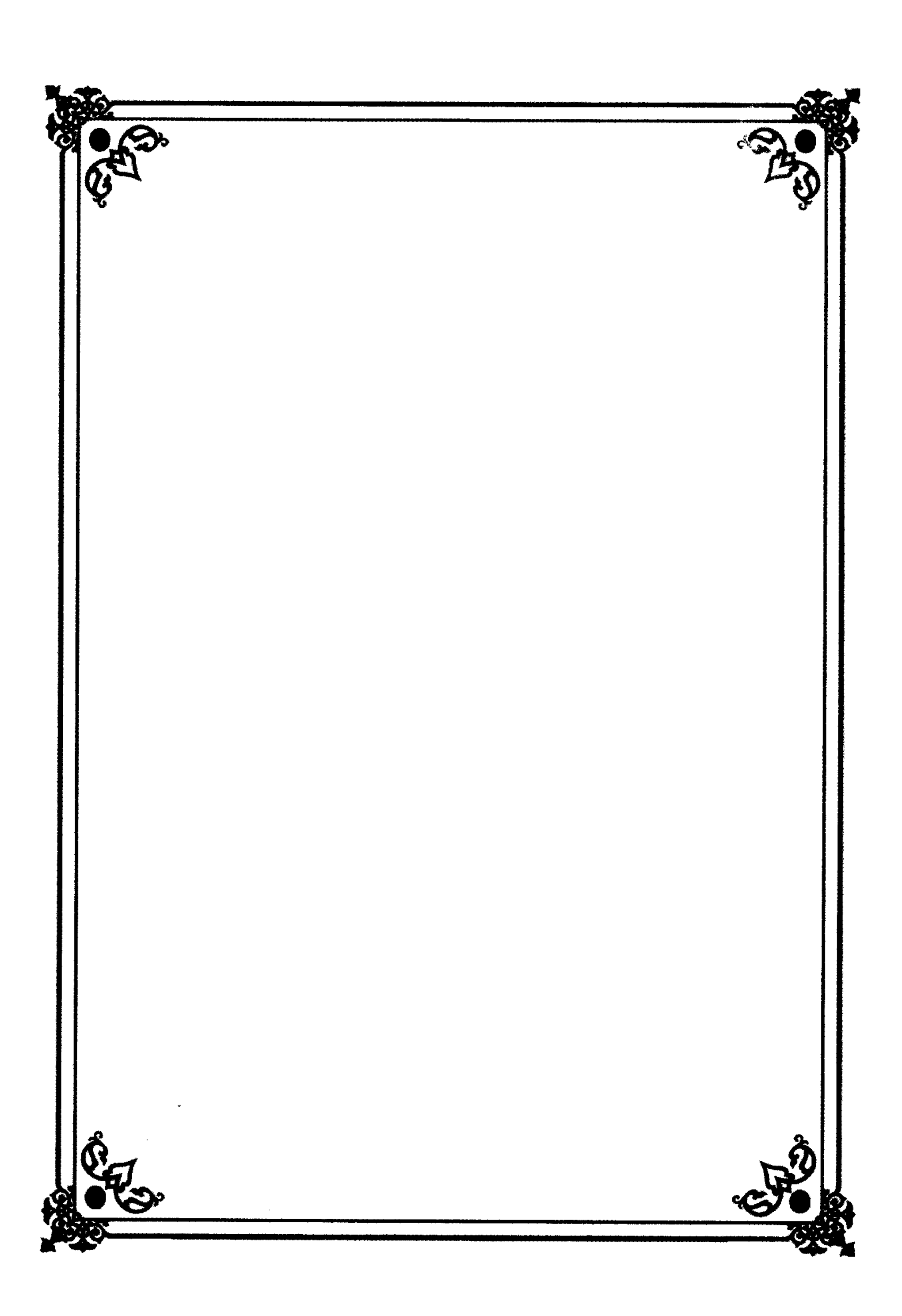
---

(١) من (ب)، (ج).

(٢) «الهداية» ٣/ ١٤٥، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٥، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٤٠-٢٤١، و«البحر الرائق» ٧/ ١٢٣.



كتاب الرجوع عن الشهادات



كتابُ الرجوعِ عن الشهاداتِ[(١)](٢)

قال: (ولا يصحُّ إلَّا في مجلسِ القضاءِ).

لا يصحُّ الرجوعُ عن الشهادةِ إلَّا في مجلسِ القضاءِ؛ لأنَّ الرجوعَ فسخٌ للشهادةِ فأجرِي مجرى الشهادة في ٱختصاصِها بمجلسِ الحكم، وإنَّما قال: بمجلسِ القضاءِ؛ لأنَّ الرجوعَ في مجلسِ (القاضي)[(٣)] الذَّي وقعتِ الشهادةُ عنده ليس بشرطٍ بل في حضرةِ قاضٍ أيِّ قاضٍ كان، فعلىٰ هٰذا إذا ٱدَّعى المشهودُ عليه أنَّ الشهودَ قد رجعوا عن شهادتِهم عليهِ، وأَرَادَ تحليفَهم لا يسوغُ له ذلك ولا تُقبل بينته أيضًا عليهم؛ لأنَّ دعواه التي تترتبُ عليها البيِّنة أو الأستحلافُ غيرُ صحيحةٍ حيثُ ٱدَّعىٰ على الشهودِ رجوعًا باطلًا وهو وقوعُه في غيرِ مجلسِ قاضٍ، ولو أَقام البيِّنة أنَّهم رجعوا عند قاضي كذا وأنَّه ضَمَّنهم المال تقبل البيِّنة؛ لأنَّ السببَ صحيحٌ[(٤)].

قال: (وتسقط[(٥)] قبلَ الحكمِ بها).

إذا رجعوا عن شهادتِهم ولم يكن القاضي حَكَم بها سقطتْ؛ لأنَّ الشهادةَ لا يتعلقُ بها حكمٌ ما لم ينضم إليها حكمُ القاضي، فإذا لم يتصل بها الحكمُ التحق وجودُها بعدِمها؛ ولأنَّ كلامَ الشهودِ الأولَ

(١) وجه المناسبة بين الكتابين ظاهر ، لآن الشهادة المرجوع عنها شهادة في الإبتداء ، ثم الرجوع عنها نقضها.

(٢) العنوان ساقط من (ب).

(٣) في (ب)، (ج): (القضاء).

(٤) «المبسوط» ١٦/ ١٧٧-١٧٨، و«الهداية» ٣/ ١٤٨، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٠٢-٣٠٣، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٠٤.

(٥) في (ب): (ولا تتعلق).

عارضه الكلامُ الثاني مناقضًا[١] والقاضي لا يبني الحكمَ علىٰ كلامٍ متناقضٍ[٢].

قال: (وبعده لا يفسخ الحكمُ، ويضمنون ما أتلفوه بشهادتِهِم).

أمَّا الأولُ فلأنَّ الحكمَ ٱتصلَ بالشهادةِ، وآخر كلامِهِم يناقضُ أوله فلا ينتقض الحكمُ به، ولأنَّ الكلامَ الثاني مثلُ الأولِ في ٱستواءِ الصدقِ والكذبِ، لكنَّ الأولَ قد رجحَ باتصالِ الحكم به، والتنبيهُ علىٰ عدمِ الفسخِ من الزوائدِ /١٥٩أ/.

وأما الثاني: وهو ضمانُهم ما أتلفوه بشهادتِهِم؛ لأنَّهم أقرَّوا علىٰ أنفسِهم بسببِ الضمانِ وهو تسببُهم في الإتلافِ علىٰ طريقِ التعدي فلزمَهم المالُ، أصله حافر البئرِ وواضع الحجرِ، ولأنَّهم لما رجعوا علمنَا أنَّ المالَ سلِّمَ إلىٰ المقضي[٣] له بغير حقٍّ، وتسليمُ مالِ الغيرِ إلى الغيرِ بغير حقٍّ موجبٌ للضمان. وأجمعوا[٤] علىٰ أنَّ القاضي لا يضمن؛ لأنَّه كالملجأ إلى القضاءِ، وفي إيجابِ الضمانِ عليه[٥] صرفُ الناسِ عن تقلُّدِ القضاءِ، وكذلك لا يضمن المحكومُ له به[٦]؛ لأنّ الحكمَ بذلك ماضٍ فتعين الشهودُ ٱعتبارًا للتسبيبِ؛ ولأنَّهم شهدوا بإزالةِ ملكٍ متقومٍ فيضمنون بالرجوعِ كما لو شهدوا بالعتقِ، ولا يقال: إنهم لم يوجدْ منهم

---

(١) في (ب): (فتناقضا).

(٢) «الاختيار» ٢/ ٤٢٧، و«فتح القدير» ٧/ ٤٧٨، و«البحر الرائق» ٧/ ١٢٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٤٣-٢٤٤.

(٣) في (ج): (القاضي).

(٤) في (ب): (وأجمعنا).

(٥) في (ب): (عنه).

(٦) من (ب).

إلَّا القولُ، ومجردُ القولِ في ملكِ الغيرِ لا يوجبَ الضمانَ؛ لأنَّا نقولُ يبطلُ هٰذا بما إذا شهدوا بالعتقِ أو بالطلاقِ ثم رجعوا علىٰ أنَّهم قد أثبتوا بشهادِتهم إيجابَ الملكِ للغير فبذلك يتعلقُ الضمانُ لا بمجردِ القولِ، ثم ضمانُ الشهودِ مختصٌّ بما إذا قبضَ المدعي المالَ دينًا كان أو عينًا؛ لأن الإتلافَ لا يتحققُ بدون قبضِهِ، فإنَّه لا مماثلةَ بين قبضِ ألفٍ والإلزامِ بالدينِ(١).

قال: (فالاثنانِ كلُّ المالِ، وأحدهما أو ٱثنان من ثلاثةٍ أو ٱمرأتانِ مع رجلٍ نصفَه).

إذا شهدَ شاهدانِ بمالٍ فحكمَ الحاكمُ به وقبضَهُ المحكومُ له(٢) ثُمَّ رجعا عن شهادتِهما ضمنا جميعَ المالِ للمشهودِ عليه؛ لما مرَّ أنَّهما تسبَّبا في إتلافِهِ علىٰ وجهِ التعدي، وإن رجعَ أحدُ الشاهدين ضمنَ النصفَ، والأصلُ الأعتبارُ بمن بقي لا برجوعِ من رجعَ، فلو شهدَ أربعٌ بحق ثم رجعَ ٱثنانِ لا يلزمُهما ضمانٌ؛ لأنَّه بقي مَنْ يقومُ ببقائِهِ الحقُّ، وقد بقي من يبقىٰ بشهادتِه نصفُ الحقِّ، ولو كانوا ثلاثةً فرجعَ واحدٌ لم يضمنْ؛ لما أنَّه بقي من يبقىٰ بشهادتِهِ(٣) كلُّ الحقِّ، والاستحقاقُ باقٍ ببقاءِ الحجةِ، والمال(٤) المتلفُ إذا ٱستحقَّ يسقطُ ضمانُهُ، فبالأولىٰ أنْ يمتنعَ وجوبُهُ هٰهنا، فإذا رجعَ معه آخرُ وبقي من الثلاثةِ واحدٌ ضمنَ

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٣٦٣-٣٦٤، و«المبسوط» ١٦/ ١٧٨-١٧٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٠٤-٥٠٥، و«اللباب» ٤/ ٧٢.

(٢) في (ب): (به).

(٣) في (ب)، (ج): (شهادتهما).

(٤) من (ب)، (ج).

الراجعانِ نصفَ الحقِّ؛ لأنه بقي من يبقىٰ بشهادتهِ نصفُ الحقِّ، وكذلك إذا شهدَ رجلٌ وامرأتانِ فرجعتا ضمنتا نصفَ الحقِّ، لبقاءِ من يقومُ به نصفُ الحقِّ[١].

قال: (أو إحداهما أو تسعٌ من عشرٍ الربع).

إذا شهدَ رجلٌ وامرأتانِ فرجعتْ إحدى المرأتينِ ضمنتِ الربعَ لبقاءِ ثلاثةِ الأرباعِ ببقاءِ من بقي، (وهو الرجلُ والمرأةُ، وإذا شهدَ رجلٌ وعشرُ نسوة ورجعَ منهن ثمانٍ فلا ضمانَ عليهن؛ لبقاءِ من يبقىٰ)[٢] بشهادتِه كلُّ الحقِّ، فإنْ رجعتْ أخرىٰ كان عليهن ربعُ الحقِّ، لبقاءِ من يبقىٰ بشهادتِهِ ثلاثةُ الأرباعِ وهو الرجلُ والمرأةُ[٣].

قال: (فإن رجعَ الكلُّ فعليه السدسُ، وقالا: عليه[٤] النصفُ وعليهن الباقي).

إذا رجعَ الرجلُ والعشرُ النسوة جميعًا.

قال أبو حنيفة رحمه الله[٥]: على الرجلِ ضمانُ سدسِ المالِ وعلى النسوةِ ضمانُ خمسةِ أسداسِهِ.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٤٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٠٣، و«البحر الرائق» ٧/ ١٢٨-١٢٩، و«اللباب» ٤/ ٧٢-٧٣.

(٢) ساقطة من (ج).

(٣) «الاختيار» ٢/ ٤٢٧، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٤٦، و«فتح القدير» ٥/ ٤٨٥، و«اللباب» ٤/ ٧٣.

(٤) من (ب).

(٥) «مختصر الطحاوي» ٣٤٧، و«المبسوط» ١٦/ ١٨٧-١٨٨، و«البحر الرائق» ٧/ ١٣٢، و«اللباب» ٤/ ٧٣.

وقالا[١]: عليه النصفُ وعليهن النصفُ؛ لأنهنَّ وإن كثرن يتنزلنَ منزلةَ الرجلِ الواحدِ، ولهٰذا لا تقبلُ شهادتُهنَّ ما لم تنضمْ إليها شهادة الرجلِ. وله أنَّ شهادةَ كلِّ ثنتين منهنَّ قائمٌ مقامَ شهادةِ الرجلِ، قال ﷺ في نقصانِ عقلِهن: «**عدلتْ شهادةُ كلِّ ٱثنتين منهن بشهادةِ رجلٍ واحدٍ**»[٢] فتنزلن منزلةَ خمسةِ رجالٍ فيجب على الرجلِ السدسُ وعليهن خمسةُ الأسداسِ. ولو رجعَ العشرُ النسوة وبقي الرجلُ كان عليهن نصفُ الحقِّ إجماعًا ٱعتبارًا ببقاءِ من بقي وهو الرجلُ.

قال: (ولو شهدَ رجلانِ وامرأةٌ ثم رجعوا ضمنا خاصةً).

هٰذِه المسألةُ زائدةٌ، والعلةُ أنَّ المرأةَ ليست بشاهدة بل هي بعضُ الشاهدِ فالتحقَ وجودُها بعدمِهَا[٣].

قال: (ولو رجع شاهدا نكاحِها بمهرِ مثلٍ أو أقلَّ، أو نكاحه إيَّاها بمهرِ مثلٍ لم يضمنا، وضمنا الزيادةَ، وإذا شهدا عليها بنكاحٍ بمهرٍ قاصرٍ ثم رجعا لا يضمَّنهما النقصانَ).

إذا شهدَ شاهدانِ على ٱمرأةٍ بالنكاحِ بمهرِ مثلِها ثم رجعا لم يضمنا؛ لأنَّهما لم يتلفا عليها بشهادتيهما شيئا، وكذلك لو شهدا بأقلَّ من مهرِ المثلِ؛ لأنَّ خروجَ البضعِ من ملكِ المرأة غيرُ متقوم بدليلِ أنها لو زوجتْ نفسَها وهي مريضةٌ بأقلَّ من مهرِ مثلِها لم يجبْ لها كمالُ المهر، ولا يكون

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٤٧، و«المبسوط» ١٦/ ١٨٧-١٨٨، و«البحر الرائق» ٧/ ١٣٢، و«اللباب» ٤/ ٧٣.

(٢) رواه مسلم (٧٩) وأبو داود (٤٦٧٩) وابن ماجه (٤٠٠٣).

(٣) «الهداية» ٣/ ١٤٩، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٤٦، و«البحر الرائق» ٧/ ١٣٣.

ذلك بمنزلةِ ما لو باعتْ في مرضِها شيئًا بأقلَّ من قيمتِهِ، وإنما تصيرُ منافعُ البضعِ متقومةً بواسطةِ التملكِ إبانةً لخطرِ المحلِّ، وكذلك لو شهدا علىٰ رجلٍ بتزويج[1] ٱمرأةٍ بمهرِ مثلِها ثم رجعا لم يضمنا ؛ لأنَّ ذلك إتلافٌ بعوضٍ؛ لأنَّ البضعَ متقومٌ حالةَ دخولِهِ في ملكِ الزوجِ، والإتلافُ بعوضٍ كالإتلافِ؛ لأن الضمانَ مبناهُ على المماثلةِ ولا مماثلةَ بين الإتلافِ بعوضٍ والإتلاف بغيرِ عوضٍ، وإن شهدا بأكثرَ من مهرِ المثلِ، ثم رجعا ضمنا الزيادةَ علىٰ قدرِ مهرِ المثلِ، لأنَّهما أتلفاها بشهادتِهما من غيرِ عوضٍ.

وذكر صاحبُ «المنظومةِ»[2] في باب أبي يوسفَ رحمه الله[3] لو أثبتوا نكاحَها فأوكسوا إنْ رجعوا لم يضمنوا ما بخسوا.

وقال محمد[3] في الحضرِ: إذا ٱدّعىٰ نكاحَها /١٥٩ب/ علىٰ مائةٍ، وقالت: تزوجني علىٰ ألفٍ، ومهرُ مثلِها ذلك، فأقامَ شاهدين علىٰ مائةٍ فقضىٰ بذلك ثم رجعا بعد الدخولِ ضمنا لها تسعمائة عندهما[3][4].

وقال أبو يوسفَ رحمه الله: (لا يضمنان)[5] لها شيئًا؛ لأنَّ الزوجين إذا ٱختلفا (في المهرِ)[6] فعندهما القولُ قولُها إلىٰ مهرِ مثلِها، فكان يقضي لها بألفٍ لولا هٰذِه الشهادةُ فهما أتلفا عليها تسعمائة[3].

---

(١) في (ب)، (ج): (بتزوج).
(٢) المنظومة لوحة (٦٤).
(٣) «مختصر الطحاوي» ٣٤٥، و«المبسوط» ١٧/ ٦-٧، و«الهداية» ٣/ ١٤٩-١٥٠، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٠٦، و«اللباب» ٤/ ٧٣.
(٤) في (ب)، (ج): (عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله).
(٥) في (ب): (لم يضمنا).
(٦) من (ب)، (ج).

وعند أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١] القولُ قولُ الزوجِ، فلم يكن منهما علىٰ قولِهِ إتلافُ شيءٍ عليها.

والمذكورُ في «المبسوط»[٢] و«الهداية»[٣] وغيرهما أنَّ الشهودَ لا يضمنون عندنا[٣]، خلافًا للشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٤]، فيجوزُ أنْ يكونَ في المسألةِ ٱختلافُ الروايةِ، وبعضُ أصحابِنا يرىٰ أن المذكورَ في «الهداية»[٥] هو الصحيحُ.

قال: (أو بالبيعِ لمثلِ القيمةِ أو أكثرَ لم يضمنا أو بأقلَّ ضمنا النقصانَ).

رجلان شهدا علىٰ بيعِ شيءٍ لمثلِ القيمةِ أو أكثرَ من القيمةِ ثم رجعا لم يضمنا شيئًا؛ لأنَّهما لم يتلفا شيئًا؛ لأنَّهما لم يخرجا من ملكِهِ شيئًا إلَّا وقد عوَّضاه مثلَهُ أو أكثرَ منه، والضمانُ إنما يجب لأجلِ الإتلافِ، وإن كانا شهدا بالبيع بأقلَّ من القيمةِ ثم رجعا ضمنا النقصانَ؛ لأنهما قد أتلفا عليه جزءًا من المبيعِ من غيرِ أن يقابلَهُ شيءٌ فلزمَهُما[٦] ضمانُه[٧][٨].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٤٥، و«المبسوط» ١٧/ ٦-٧، و«البحر الرائق» ٧/ ١٣٣، و«اللباب» ٤/ ٧٤.

(٢) «المبسوط» ١٧/ ٧.

(٣) «الهداية» ٣/ ١٤٩.

(٤) «الأم» ٦/ ٣١٢، و«التنبيه» ٢٧٣، و«الوجيز» ٢/ ٢٥٨، و«روضة الطالبين» ٨/ ٢٧٢-٢٧٣.

(٥) «الهداية» ٣/ ١٤٩-١٥٠.

(٦) في الأصل: (فلزمهم).

(٧) في (ج): (نقصانه).

(٨) «المبسوط» ١٦/ ١٩٠، و«فتح القدير» ٧/ ٤٨٨-٤٨٩، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٠٦-٥٠٧، و«اللباب» ٤/ ٧٤.

قال: (أو بطلاقٍ قبل الدخولِ ضمنا نصفَ المهرِ أو بعدَهُ لم يضمنا).

هاتان مسألتانِ:

الأولىٰ: رجلانِ شهدا علىٰ رجلٍ أنه طلقَ ٱمرأتَه قبلَ الدخولِ بها وجبَ عليها[١] ضمانُ نصفِ المهرِ؛ لأنهما قرَّرا عليه ضمانًا يجوز تخلُّصه منه، ألا ترىٰ أنه يجوزُ أنَ ترتدَّ ٱمرأتُه أو ٱن يقبل ابن زوجِها فيسقط جميعُ المهرِ عنه، فلمَّا شهدا عليه بالطلاقِ تقرَّرَ ما كان يمكنِ خلاصُه منه (فلزمَهما)[٢]. وطريقة أخرىٰ أن الطلاقَ عندنا[٣] قبل الدخولِ يسقطُ جميعَ المهرِ كهلاكِ المبيعِ قبلَ القبضِ يسقطُ الثمنَ، وإنما يجبُ لها نصفُ المهرِ ٱبتداءً علىٰ طريقِ المتعةِ، فقد ألزمَه الشاهدانِ ما لم يكن واجبًا فصارَ كأنهم شهدوا عليه بمالٍ ثم رجعوا فيلزمهما[٤] الضمانُ[٥].

المسألة الثانية: إذا شهدَا أنه طلَّقَ زوجته بعد الدخولِ لم يضمنا؛ لأن شهادتَهما تضمنت خروجَ البضعِ من ملكِه، ومنافعُ البضعِ غيرُ متقومةٍ في الخروجِ، فلم يتلفوا عليه بشهادتِهما شيئًا له قيمةٌ، ولا قرَّرا عليه بشهادتِهما ضمانًا كان يجوز تخلصهُ عنه فلم يلزمُهما شيءٌ[٦].

(١) في (ب)، (ج): (عليهما).
(٢) في (ب)، (ج): (فلزمهم الضمان).
(٣) «المبسوط» ١٧/ ٥، و«الهداية» ٣/ ١٥٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١٣٤.
(٤) في (ب): (فيلزمهم).
(٥) «المبسوط» ١٧/ ٤، و«الهداية» ٣/ ١٥٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١٣٤، و«اللباب» ٤/ ٧٥.
(٦) «المبسوط» ١٧/ ٤، و«البحر الرائق» ٧/ ١٣٥، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٠٧، و«اللباب» ٤/ ٧٥.

قال: (أو بإعتاقٍ ضمنَ القيمةَ).

إذا شهدا بعتقِ عبدهِ ثم رجعا ضمنا قيمتَهُ؛ لأنهما بشهادتِهما أزالا ملكَهُ عن العبدِ بغيرِ عوضٍ، فقد أتلفاهُ عليه فيضمنانِ قيمتَهُ، والولاءُ للمالكِ لا لهما؛ لأنَّ العتقَ لا ينتقلُ إليهما بالضمانِ؛ لأنَّه لا يقبلُ الفسخَ[1].

قال: (أو بقصاصٍ بعدَ القتلِ ضمنا الديةَ ولا نقتصُّ منهما).

رجلانِ شهدا بقصاصٍ ثم رجعا بعدَ القتلِ ضمنا الدية ولا نقتصُّ منهما.

وقال الشافعي رَحِمَهُ اللهُ[2]: عليهما القصاصُ إن قالا: تعمَّدنَا، وإنْ رجعَ ولي القصاصِ -وهو الذي باشرَ- فعليه القصاصُ، والشاهدُ مع الوليِّ كالممسكِ مع القاتلِ أو كالشريكِ، فيه وجهانِ في مذهبه، وكذلك المزكي إذا رجع كالممسك مع المباشر فيه[3] وجهانِ أيضًا، أحدُهما: لا يتعلقُ به ضمانٌ ولا قصاصٌ؛ لأنه لم يتعرضْ للمشهودِ عليه، وإنما أثنىٰ على الشاهدِ، والحكمُ إنما يقعُ بشهادةِ الشاهدِ، فكان كالممسكِ مع القاتلِ، وأوفقهما لكلامِ الأكثرينِ التعلقُ؛ لأن التزكيةَ تلجئُ القاضيَ إلى الحكمِ المفضي إلى القتلِ، وفيه وجهٌ ثالثٌ في مذهبه: أنه يتعلقُ بها الضمانُ دونَ القصاصِ. ووجهُ قولِهِ في مسألةِ الكتابِ أنهم ألجئوا الحاكمَ بسببِ شهادتِهم إلى الحكمِ بالقتلِ، فإذا قتلَ أضيفَ إلىٰ فعلِهم فينزلوا منزلةَ المكرِهِ، وهٰذا أولىٰ؛ لأنَّ الوليَّ يعانُ والمكرِهَ يمنعُ.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ٣٤٨، و«المبسوط» ١٧/ ٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٠٣-٣٠٤، و«البحر الرائق» ٧/ ١٣٥.

(٢) «الأم» ٦/ ٣١٢، و«التنبيه» ٢٧٣، و«الوجيز» ٢/ ٢٥٨-٢٥٩، و«روضة الطالبين» ٨/ ٢٦٨-٢٦٩.

(٣) من (ب).

ولنا[١]: أنَّهم لم يقتلوا مباشرةً ولا تسببيًا أيضًا؛ لأنَّ السببَ ما يفضي إلى الحكمِ غالبًا وليس كذلك هٰهنا، بل الظاهرُ عدمُ الإفضاءِ نظرًا إلىٰ أنَّ العفوَ عن القصاصِ مندوبٌ إليه، وأنَّ المسلمَ يثابرُ علىٰ فعلِ المندوباتِ؛ لما له في مقابلِها من الثوابِ، وهٰذا بخلافِ المكرهِ؛ لأنَّ سلبَ الاختيارِ بواسطةِ الإكراهِ أوجبَ إضافةَ الحكمِ إليه، وههنا تحلُّلُ فعلِ الفاعلِ المختارِ أوجبَ قطعَ النسبةِ فافترقا علىٰ أنَّه لا يعرىٰ هٰذا المقامُ عن الشبهةِ الدارئةِ للحدِّ فيجب المالُ دونَ القصاصِ. والتنبيهُ علىٰ خلافِ الشافعيِّ[٢] من الزوائدِ.

قال: (ولو رجعَ الفروعُ ضمنوا).

لأنَّ الشهادةَ في مجلسِ الحكمِ صدرت منهم فكان التلفُ مضافًا إليهم، والضمانُ على المتلِفِ[٣].

قال: (أو الأصولُ وأنكروا إشهادَهم لم يضمنوا، وإن قالوا: غلطنا ضَمَّنهمَ أو الجميعُ ضمنَ الفروعُ وخُيِّرَ المشهودُ عليه في تضمين من شاءَ).

هٰذِه ثلاثُ مسائل:

الأولىٰ: إذا رجعَ شهودُ الأصلِ عن شهادتِهم، وقالوا: لم نُشِهدْ شهودَ

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٣٦٣-٣٦٤، و«المبسوط» ١٦/ ١٧٨، و«الهداية» ٣/ ١٥٠، و«البحر الرائق» ٧/ ١٣٧، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٨.

(٢) «الأم» ٦/ ٣١٢، و«التنبيه» ٢٧٣، و«الوجيز» ٢/ ٢٥٨-٢٥٩، و«روضة الطالبين» ٨/ ٢٦٨-٢٦٩.

(٣) «المبسوط» ١٧/ ١٩-٢٠، و«الهداية» ٣/ ١٥٠، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٨، و«اللباب» ٤/ ٧٥.

الفرعِ علىٰ شهادتِنا. لا ضمانَ عليهم؛ لأنَّهم أنكروا سببَ وجوبِ الضمانِ وهو الإشهادُ ولا يبطلُ ما قضى القاضي بشهادةِ شهودِ الفرعِ؛ لأنَّ إنكارَهم خبرٌ محتملٌ، فصار ذلك كرجوعِ الشاهد /١٦٠أ/ بخلافِ ما قيل: القضاءُ حيث يتعارضُ الخبرانِ[1].

الثانية: إذا قالوا أشهدْنَاهُم وغلطْنَا. قال أبو حنيفةَ[2] وأبو يوسفَ رحمهما الله[2]: لا ضمانَ عليهم؛ لأنَّ القضاءَ قد وقعَ بشهادةِ الفروعِ[3] لا بشهادةِ الأصولِ إذ القاضي يقضي بما يشاهدُ من الحجةِ. وقال محمد رحمه الله[2]: عليهم الضمانُ؛ لأنَّ الفروعَ نقلوا شهادةَ الأصولِ، فصار كأنَّ الأصولَ حضروا مجلسَ الحاكمِ.

وقوله: (وغلطنا) ليس بمذكورٍ في «المنظومةِ» وهو مذكورٌ في القدوري[4] و«الهداية»[5] ولابدَّ منه لتقعَ التفرقةُ بين دعوى الإنكارِ والغلطِ.

والثالثة: إذا رجع الأصولُ والفروعُ جميعًا، قال أبو حنيفةَ[6] وأبو يوسفَ[6] رحمهما الله: ضمنَ شهودُ الفروعِ خاصةً؛ لوقوعِ القضاءِ بشهادتِهم.

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ٢١، و«فتح القدير» ٧/ ٤٩٤-٤٩٥، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٠٨، و«اللباب» ٤/ ٧٤، «البحر الرائق» ٧/ ١٣٨.

(٢) «مختصر الطحاوي» ٣٤٩، و«المبسوط» ١٧/ ٢١، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٨، و«تبيين الحقائق» ٤/ ٢٥١-٢٥٢.

(٣) في (ب): (الشهود).

(٤) «الكتاب» ٤/ ٧٦.

(٥) «الهداية» ٣/ ١٥٠.

(٦) «فتح القدير» ٧/ ٤٩٦، و«درر الحكام» ٢/ ٣٩٤، و«البحر الرائق» ٧/ ١٣٨، و«حاشية ابن عابدين» ٥/ ٥٠٨.

وقال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: المشهودُ عليه مخيَّرٌ بين أن يضمّنَ شهودَ (الأصلِ وبين أن يضمّن شهودَ)[2] الفرعِ؛ لأنَّ القضاءَ وقع بشهادةِ الفروعِ؛ لما ذكروا، وبشهادةِ الأصولِ، لما ذكر فيتخيَّرُ، ولما ٱختلفت الجهتانِ ولم يمكن الجمعُ في الضمانِ فوجبَ التخييرُ[1].

قال: (وإن قال الفروعُ: كذب الأصول أو غلطوا لم يعتبر).

لأنَّ القضاءَ ماضٍ بقولهم فلا يكونُ قولُهم مؤثرًا في نقضهِ بدعواهم الكذبَ والغلطَ في شهادةِ الأصولِ، ولا ضمانَ علىٰ شاهدي الفروعِ؛ لعدمِ الرجوعِ عنهم[3] دعواهم هٰذِه دعوى الرجوعِ علىٰ غيرِهم[4].

قال: (والمزكون يضمنون بالرجوعِ).

قال أبو حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ[5]: إذا رجعَ المزكونَ عن تزكيتِهم ضمنوا.

وقالا[5]: لا ضمانَ عليهم؛ لأنَّهم أثنوا على الشهودِ خيرًا فنزلوا منزلةَ شهودِ الإحصانِ.

وله[6]: أنَّ الشهادةَ لا تصيرُ شهادةً إلَّا بعدَ تزكيتِهم، فكانت شهادتهم في معنىٰ علةِ العلةِ، أمَّا شهودُ الإحصانِ فشرطٌ محضٌ، وإثباتُ الخلافِ من الزوائدِ[5].

---

(١) «فتح القدير» ٧/٤٩٦، و«درر الحكام» ٢/٣٩٤، و«البحر الرائق» ٧/١٣٨، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٠٨.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) في (ب)، (ج): (منهم).

(٤) «الهداية» ٣/١٥١، و«البحر الرائق» ٧/١٣٨، و«تبيين الحقائق» ٤/٢٥٢، و«حاشية ابن عابدين» ٥/٥٠٨.

(٥) «الهداية» ٣/١٥١، و«الاختيار» ٢/٤٢٩، و«تبيين الحقائق» ٤/٢٥٢، و«اللباب» ٤/٧٦.

(٦) في (ب): (ولنا).

قال: (ويضمن شهودُ اليمينِ لا الشرط برجوعِهم).

إذا شهدَ شاهدانِ أنه علَّقَ عتقَ عبدِهِ بشرطٍ، أو علَّقَ طلاقَ ٱمرأتِه قبل الدخولِ بشرطٍ، وهٰذا القيدُ وهو قولنا[1]: (قبل الدخولِ) لا بدَّ منه؛ لأنَّه قد مضىٰ في أولِ هٰذا البابِ أنهم إذا رجعوا بعدَ الدخولِ لم يضمنوا، (وإنما يضمنون)[2] إذا رجعوا عن شهادتِهم بالطلاقِ قبل الدخول وشهدَ شاهدانِ آخران بأنَّ الشرطَ الذي علَّق عليه العتقَ أو الطلاقَ وجِدَ، وقد نزلَ المعلقُ فيحكم بذلك، ثم رجعَ الجميعُ فالضمانُ علىٰ شهودِ اليمينِ خاصةً؛ لأنَّ اليمينَ هو السببُ، والتلفُ إنما يضافُ إلىٰ من أثبتَ السببَ دون الشرطِ المحضِ، ألَا ترىٰ أنَّ القاضيَ إنما يقضي بشهادةِ اليمين دون شهادةِ الشرطِ[1].

قال: (ولو شهدا علىٰ شهادةِ ٱثنين، وآخران علىٰ أربعةٍ بمالٍ ثم رجعوا يضمن الأولين ثلثَه والآخرين ثلثيه وجعله نصفين).

قال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[3]: إذا شهدَ شاهدانِ علىٰ شهادةِ شاهدين بألفٍ، وشهدَ شاهدانِ علىٰ شهادةِ أربعةٍ بذلكَ الحقِّ وحكمَ بشهادتِهم واستوفى المقضىٰ له[4] ثم رجعوا فثلثُ الضمانِ على الشاهدينِ عن الأصلين وثلثاهُ على الشاهدينِ عن الأربعةِ؛ لأنَّ الحكمَ جرىٰ بشهادةِ الأصولِ،

---

(١) «المبسوط» ١٧/ ١٠-١٧، و«الاختيار» ٢/ ٤٢٩، و«فتح القدير» ٧/ ٤٩٧-٤٩٨، و«اللباب» ٤/ ٧٧.

(٢) ساقط من (ب).

(٣) «الجامع الكبير» ١٩٨، و«المبسوط» ١٧/ ١٩-٢٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٠٤.

(٤) في (ب): (عليه).

والفروعُ نقلوا تلكَ الشهادة بأمرِهم فقاموا مقامَهم، وكلُّ فريقٍ قائمٌ مقامَ أصله فيجب من الضمانِ علىٰ فروعِ الأربعةِ ضِعفُ ما يجب منه علىٰ فروعِ الشاهدينِ.

وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١]: يجب نصفُه علىٰ هذين ونصفهُ علىٰ هذين؛ لأنَّ القضاءَ وقعَ بشهادةِ الفروعِ الموجودةِ بين يدي القاضي علىٰ ما مرَّ.

قال: (أو ٱثنانِ على ٱثنين وآخرانِ علىٰ آخرين ورجعَ من كلِّ فريقٍ واحدٌ يضمنهما نصفَه لا ثمنين ونصفًا).

اعلم أنَّ المعتبرَ في الضمانِ بقاءُ من بقي لا رجوعُ من رجعَ؛ لأنَّ ما وجبَ ضمانُه باعتبارِ بقاءِ من بقي أقلُّ منه باعتبارِ رجوعِ من رجعَ فلا يثبتُ المشكوكُ فيه، ونحن نذكرُ فصلين يوضحانِ هٰذِه المسألةَ.

الأول: إذا شهدَ شاهدانِ علىٰ شهادةِ ٱثنين بألفٍ وشهدَ آخرانِ علىٰ شهادةِ واحدٍ بذلك الألفِ، ثم رجعَ من كلِّ فريقٍ واحدٌ فإنهما يضمنانِ ثلاثةَ أثمانِ الألفِ بينهما أثلاثًا، ثمنانِ على الراجعِ من الشاهدينِ على الأصلينِ وثمنٌ على الراجعِ من شاهدي الأصلِ الواحدِ؛ لأنَّ فرعي الأصلين شهدا بكلِّ الحقِّ؛ لاستغناءِ شهادتِهما به علىٰ أن ينضمَ إليها شيءٌ، وفرعي الأصلِ الواحدِ شهدا بنصفِهِ داخلًا في النصفينِ جميعًا؛ لأنَّ شهادتَهما تفتقرُ إلىٰ شهادةِ مثلِهما أو أصلٍ إلىٰ شهادتِهما، وإذا كانا شاهدينِ بالنصفِ داخلًا في النصفينِ كان كلُّ منهما شاهدًا بالربعِ داخلًا في (النصفِ)[٢] فبقي الثمنُ ببقاءِ أحدِهما، والنصفُ ببقاءِ الذي لم يرجعْ

---

(١) «الجامع الكبير» ١٩٨، و«المبسوط» ١٧/ ١٩-٢٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٥/ ٣٠٤.

(٢) في (ب) و (جـ): (النصفين).

من ذلك الفريقِ؛ لكونِ كلٍّ منهما شاهدًا بنصفِ الحقِّ، فبقي ببقاءِ من لم يرجعْ منهما النصفُ، والراجعُ من فرعي الأصلِ (ليكون كل منهما)[١] (شاهدًا) بربع الحقِّ داخلًا في النصفينِ، فثمنُه داخلٌ في النصفِ الثابتِ بشهادةِ الباقي من الفريقِ الأولِ /١٦٠ب/ وقد بقَي ببقائِه، والثمنُ الآخرُ في النصفِ الآخر، فكان الباقي (من المالِ)[٢] خمسة أثمانِه: أربعةُ أثمانٍ ببقاءِ الذي لم يرجعْ من الفريقِ الأول، وثمنٌ مما وجبَ برجوعِ فرعي الأصلِ داخلٌ في هٰذا النصفِ، فلم يظهرْ أثرُهُ، والثمنُ الآخرُ في النصف الآخرِ فظهرَ أثرُهُ، فكان الباقي خمسةَ أثمانِ المالِ، وكان الثابتُ ثلاثةَ أثمانِ المالِ: ثمنانِ على الراجعِ من فرعي الأصلينِ، وثمنٌ على الراجعِ من فرعي الأصلِ؛ لأنَّ ذلكَ مثبتٌ ضعفَ ما أثبته هٰذا، وقد ٱعترفا برجوعِهما أنهما مبطلانِ في ذلك فيضمنانِ التالفَ أثلاثًا[٣].

الفصل الثاني: أن يرجعَ أحدُ الشاهدينِ علىٰ شهادةِ شاهدينِ لا غير فيجبُ عليه ضمانُ ربع المالِ؛ لأنَّه بقي من الحجةِ ما يقومُ به ثلاثةُ أرباع المالِ؛ لما مرَّ أنَّ كلَّ واحدٍ من فرعي الأصلينِ شاهدٌ بنصفِ المالِ؛ لأنهما يشهدانِ بكلِّ المالِ، والفريقُ الثاني يثبتانِ نصفَ المالِ داخلًا في النصفينِ، وكان ربعُهُ داخلًا في النصفِ الثابتِ ببقاءِ من لم يرجعْ من فرعي الأصلينِ فلم يظهر أثرُهُ؛ لأنَّه إثباتُ الثابتِ، والربعُ الآخرُ في النصفِ الآخرِ فظهرَ أثرُهُ، فقد بقي بهم ثلاثةُ أرباعِ الحقِّ وفاتَ ربعُهُ فيضمنه الراجعُ إذا عرف ذلكَ.

---

(١) من (ب).

(٢) من (ب)، (ج).

(٣) «الجامع الكبير» ١٩٨، و«المبسوط» ١٧/ ٢٠.

قال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١]: إذا شهدَ شاهدانِ علىٰ شهادةِ شاهدين بألفٍ وشهدَ آخرانِ علىٰ شهادة آخرينِ به، ثم رجعَ من كلِّ فريقٍ واحدٌ ضمنَ الراجعانِ نصفَ المال؛ لأنَّ المالَ ثابتٌ بشهادة ٱلأربعةِ وقد بقي منهم ٱثنانِ لو شهدا ٱبتداءً لم يثبتْ بشهادتِهما شيءٌ فصاروا بمنزلة شهودِ الزنا، وثمَّ لو رجعَ ٱثنانِ يضمنانِ النصفَ فكذا هٰذا.

وقال محمد رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يضمنانِ ربعَ الألفِ ونصفَ ثمنِ الألفِ؛ لأنَّ الباقيَ ببقاءِ من لم يرجعْ خمسةُ أثمانِ الألفِ ونصفُ ثمنٍ، فيكون التالفُ ثمنينِ ونصفَ ثمنٍ فيضمنانه؛ وهٰذا لأنَّ الباقي من الحجةِ هٰهنا أضعفُ من الباقي منها في الفصل الثاني وأقوىٰ من الباقي منها في الفصل الأول؛ لأنَّ الباقي منها في الفصلِ الثاني يمكنُ إكمالهُ بثلاثةِ طرقٍ: إمَّا بشهادةِ أصلٍ، وإمَّا أنْ يُضمَّ إلىٰ من بقي من فرعي الأصلينِ شاهدٌ علىٰ أحدِ أصليهِ، وإمَّا أنْ يُضمَّ إليه من يشهدُ علىٰ شهادةِ أصلهِ للآخرِ.والباقي من الحجةِ في الفصلِ الأولِ لا يمكن إكمالُهُ إلَّا بطريقٍ واحدٍ وهو أن ينضمَّ إلى الباقي من فرعي الأصلينِ واحدٌ يشهدُ علىٰ شهادة أصلية وفي مسألتنا يمكنُ إكمالُ الباقي من الحجةِ بطريقين، أحدِهما: أنْ ينضمَّ إلى الباقي من هٰذا الفريقِ مثلهُ وهو واحدٌ يشهدُ علىٰ أصليهِ، وأنَّ يُضمَّ إلى الباقي من الفريقِ الآخرِ مثلهُ وهو واحدٌ يشهدُ علىٰ أصليهِ، فثبتَ أنَّ الباقيَ من الحجةِ هٰهنا أقوىٰ من الباقي منها في الفصل الأول؛ لأنَّ الإكمالَ هٰهنا بطريقينِ، وهناك بطريقٍ واحدٍ، وأضعفُ من الباقي منها في الفصلِ الثاني؛ لأنَّ الإكمالَ هناكَ بثلاثةِ طرقٍ، وهٰذا بطريقينِ فوجبَ أن يكونَ الباقي من المالِ ببقاءِ من بقي من الحجةِ هنا أكثر مما يبقىٰ في

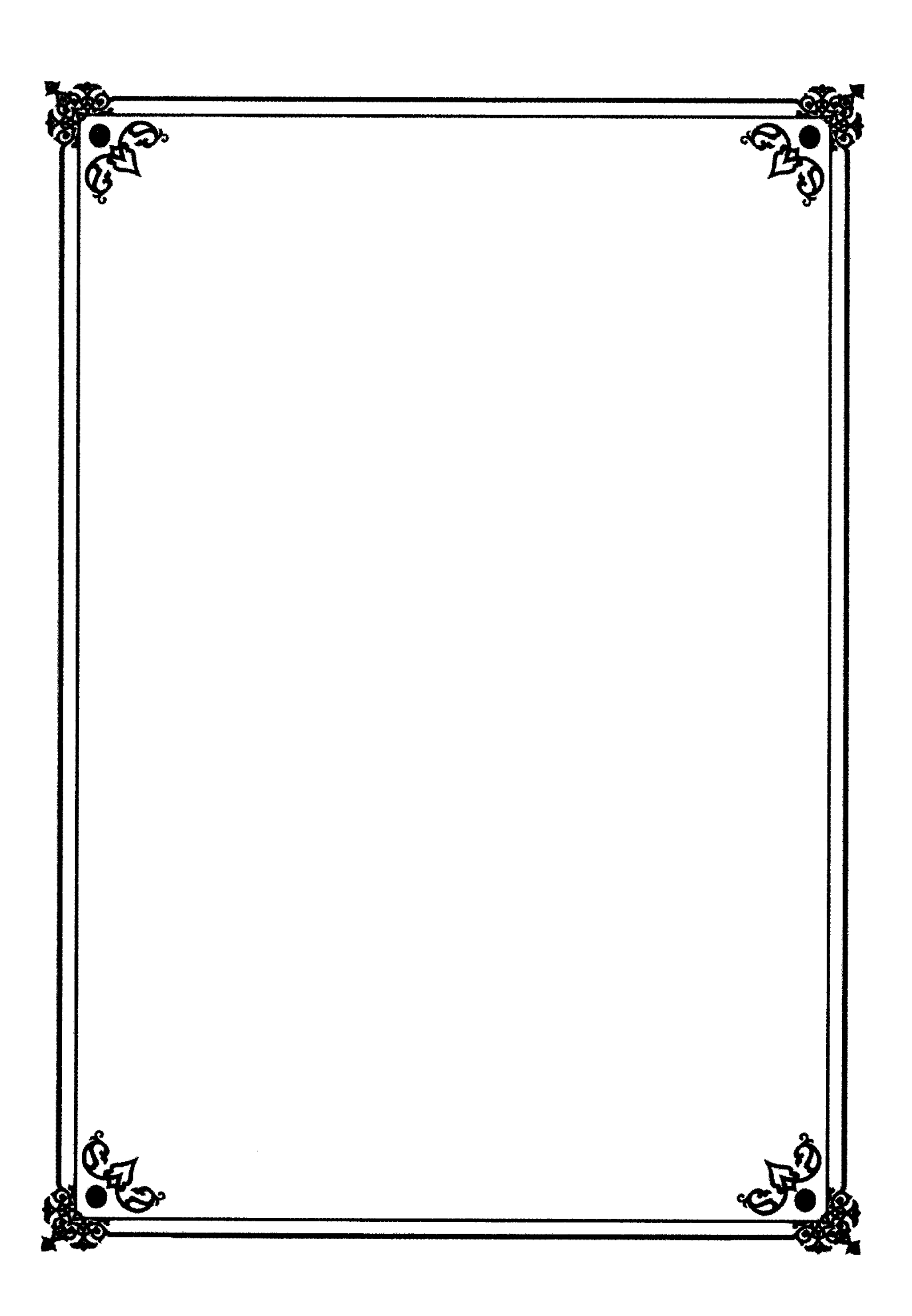
---

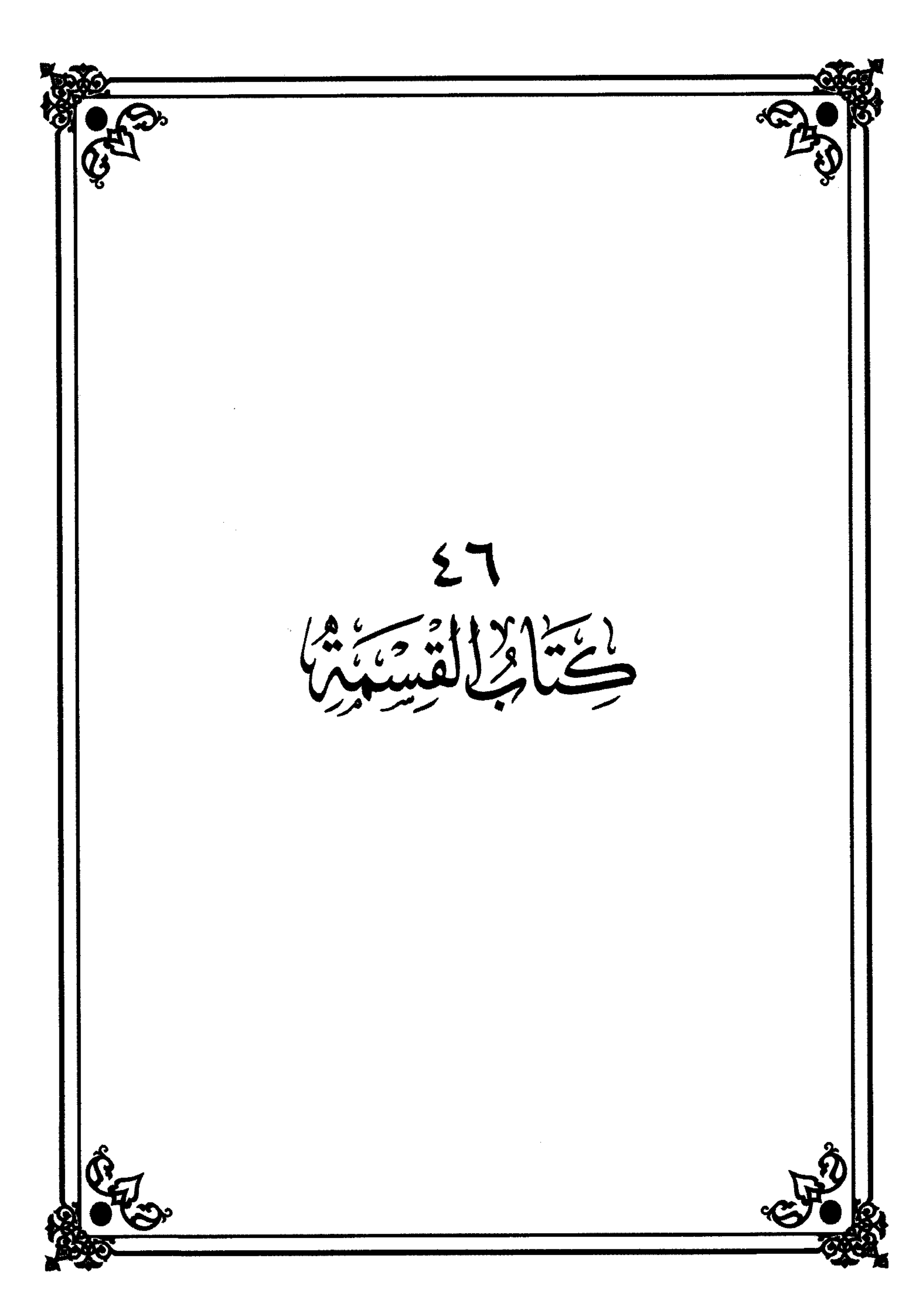
(١) «الجامع الكبير» ١٩٧-١٩٨، و«المبسوط» ١٧/ ٢٠-٢١.

الفصلِ الأولِ وأقلَّ مما يبقيهِ الباقي في الفصلِ الثاني، وما أبقتهُ الحجةُ في الفصلِ الأولِ خمسةُ أثمانِ المالِ، وما أبقتهُ في الفصلِ الثاني ثلاثةُ أرباعِ المالِ وستةُ أثمانِ الألفِ، فكانَ الباقي هٰهنا خمسةَ أثمانِ الألفِ ونصفَ ثمنِ الألفِ بالضرورةِ، ليكون أكثرَ من ذلك وأقلَّ من هٰذا، وإذا كان الباقي هٰذا كان التالفُ ثمنينِ ونصفًا فيضْمنها الراجعانِ، وهٰذِه المسألةُ تسمىٰ مسألةُ الأسكفةِ وهي عتبةُ البابِ، قال ابن سماعةَ[1]: كررَّ علينا محمد بن الحسنِ رحمه الله هٰذِه المسألةَ ثم قال: أفهمتم؟ فقلنا: نعمْ. ثم لمَّا[2] قمنَا من عندِهِ فلم يصاحبْنَا إلىٰ أسكفةِ البابِ. والله أعلم.

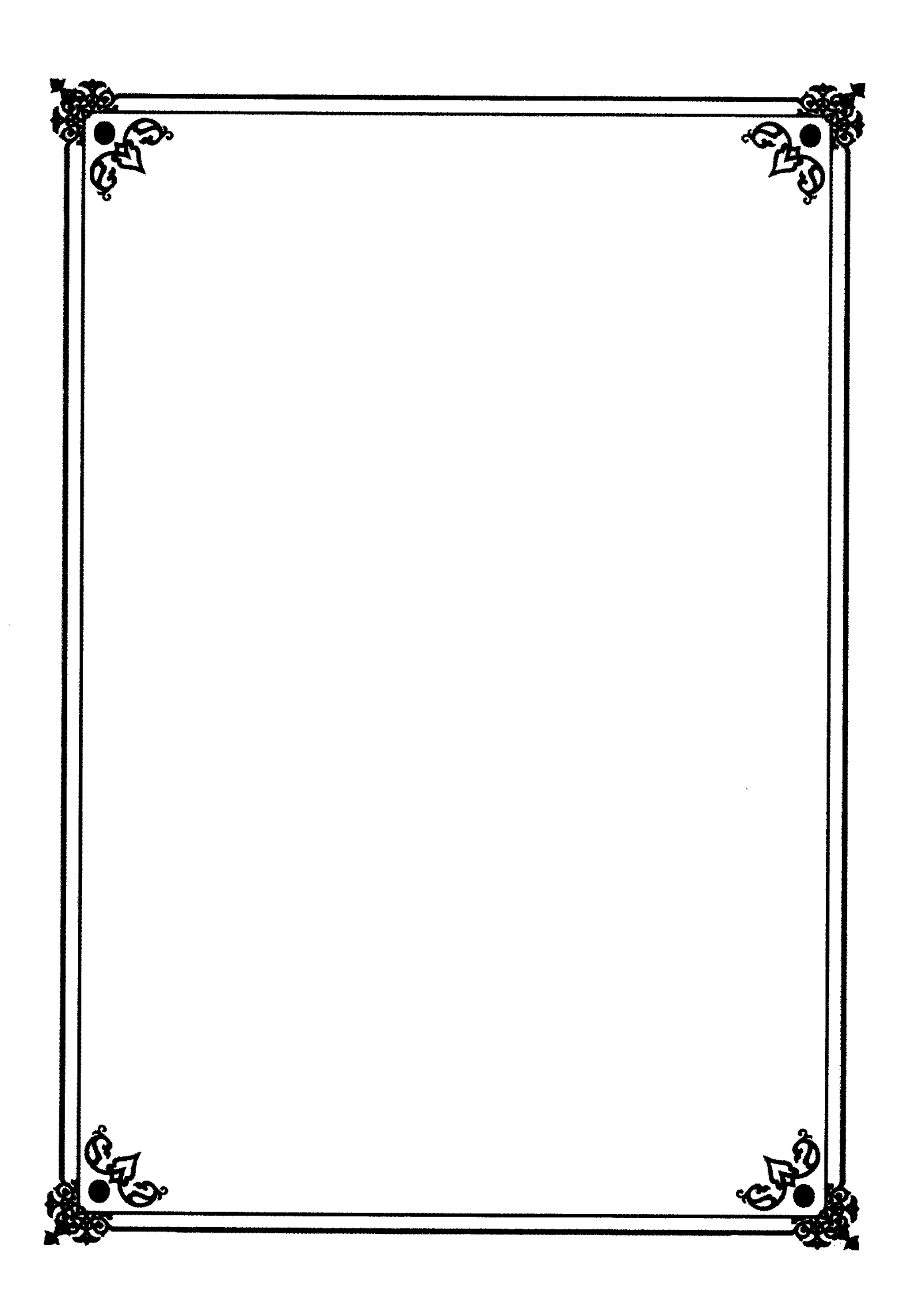
(١) تقدمت ترجمته.

(٢) من (ب).





٤٦
كتاب القسمة



كتاب القسمة[١][٢]

وهي مشروعةٌ في الأعيانِ المشتركةِ؛ لأنَّه ﷺ باشرها في المغانمِ وفي المواريثِ، وجرى التوارثُ بها من لدن زمنِ[٣] رسولِ الله ﷺ من غيرِ نكيرٍ، فكانت ماضيةً، وفي القسمةِ معنى المبادلةِ والإفراز[٤] أمَّا المبادلةُ فلأن الحاصلَ لأحدِهما قبلَ القسمةِ مشتركٌ، بعضهُ له وبعضُه لصاحبِه، عند[٥] القسمةِ يأخذُ نصيبَ صاحبِهِ الحاصلَ في نصيبهِ عوضًا عمَّا بقي له في نصيبِ الآخرِ.

وأمَّا الإفراز فظاهرٌ إلَّا أنَّ معنى الإفراز فيما هو مكيلٌ وموزونٌ أظهر، ومعنى المبادلةِ في الحيوانِ والعروضِ أظهرُ بناءً على ٱختلافِ المقاصدِ في هٰذِه؛ لظهورِ التفاوتِ فيها واتحادِها في مكيلٍ لعدم التفاوتِ؛ ولهٰذا فإن أحدَهُما لا يجوز له أنْ يأخذَ نصيبَهُ من المكيلِ والموزونِ عند غيبةِ صاحبِهِ، ويجوزُ له إذا ٱشتركا في شرائِهِ ثم ٱقتسماه أنْ يبيعَ مرابحةً علىٰ نصفِ الثمنِ، ولا يجوزُ ذلك في الحيوانِ ولا في العروضِ، إلَّا أنَّ الأعيانَ إذا ٱتحدَ جنسُهَا، وطلبَ أحدُ الشركاءِ القسمةَ أجبرَ القاضي

---

(١) لما كانت الدعاوىٰ والمخاصمات تنفصل بالقضاء والشهادة ، فكذلك بالقسمة تنفصل النازعات، والمخاصمات بين الشركاء / ذكرها عقيب الشهادات وهي فى الأصل رفع الشيوع وقطع الشركة.
«المستجمع شرح المجمع» ص ٦٩٩.

(٢) القسمة من باب فرذته أجزاء فانقسم، وكذلك ٱسم من أقتسام الشيء: أي النصيب. «المصباح المنير» ٢٩٩، و«المعجم الوسيط» ٢/ ٧٣٥.

(٣) من (ب) و(ج).

(٤) في (ب): (الإقرار).

(٥) في (ب، ج): (فبعد).

على القسمةِ؛ لأنَّ الطالبَ يسألُ القاضي أنْ يخصَّهُ بالانتفاعِ بنصيبِهِ، ويمنعَ الآخرَ عن الأنتفاعِ به، فيجبُ على القاضي إجابتُه، والمبادلةُ مما يجري فيه الجبرُ كما في قضاءِ الدينِ، وإن اختلفتْ أجناسُهَا لا يجبرُ القاضي على القسمةِ؛ لتفاحشِ التفاوتِ في المقاصدِ، وتعذُّر المعادلةِ[١] فإنْ تراضوا علىٰ قسمتِهَا جازتْ بتراضيهم؛ لأنَّ الحقَّ لهم[٢].

قال: (وينصبُ القاضي قاسمًا عدلًا مأمونًا عالمًا بالقسمةِ يرزقُ من بيتِ المالِ /١٦١أ/ وإلَّا فبأجرةٍ وهي علىٰ عددِ الرؤوسِ، وقالا: الأنصباء).

ينبغي للقاضي أنْ ينصِّبَ للناس قاسمًا يقسمُ بينهم، ويجبُ أن يكونَ عدلًا مأمونًا عالمًا بالقسمةِ؛ لأن ذلك من عملِ القضاءِ، فيشترطُ فيه ما يشترطُ فيه، وإنما شرطَ العلمَ بالقسمةِ؛ لأن القدرةَ على القسمةِ تعتمدُ العلم بها، والقسمةُ تعتمدُ القدرةَ، وإنما شرطَ الأمانةَ؛ لأن القاضي والمتقاسمين يعتمدون علىٰ قولِهِ، فتشترطُ أمانتُهُ لتطمئنَّ القلوبُ إليه، وإنما يُرزقُ من بيتِ المالِ؛ لأن القاسمَ بواسطةِ القسمةِ يقطعُ المنازعةَ بين الخصومِ، فكانت القسمةُ شبهةً بالقضاءِ فيرزقُ من بيت المالِ كما يُرزقُ القاضي؛ ولأنَّ منفعةَ القسمةِ راجعةٌ إلى العامة فكان رزقُ القاسمِ من بيتِ مالهم ليكونَ الغريمُ بالغنمِ، وإن لم يفعل ذلك نُصّب قاسما بين الناسِ بأجرة؛ لاختصاصِ نفعِ القسمةِ بهم، ويقدِّرُ

---

(١) في (ج): (المبادلة).

(٢) «المبسوط» ١٥/ ٢-٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٤٥، و«الهداية» ٤/ ٣٦٩، و«البحر الرائق» ٨/ ١٦٧.

القاضي أجرته كيلا يتحكمَ عليهم بالزيادةِ، والأفضلُ أن يُرزقَ من بيتِ المالِ لكونه أرفق بالناسِ وأبعدَ من التهمةِ، ثم الأجرةُ تجبُ على المتقاسمين علىٰ عددِ رؤوسهم عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1].

وقالا[2]: علىٰ قدرِ الأنصباءِ حتَّىٰ إذا كانت دارٌ بين ثلاثةِ نفرٍ لأحدِهم النصفُ وللآخرِ الثلثُ وللآخرِ السدسُ، وقسَّمها بينهم بالأجرةِ قُسِّمتْ الأجرةُ عند أبي حنيفة[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ أثلاثًا علىٰ كلِّ واحدٍ ثلثُها.

وقالا[2]: علىٰ قدرِ الملكِ أسداسًا، ثلاثة أسهم من ستَّةٍ علىٰ صاحبِ النصفِ، وسهمان من ستَّةٍ علىٰ صاحب الثلثِ وسهم علىٰ صاحب السدس؛ لأنَّ الأجرةَ مؤنةُ الملكِ فيجبُ علىٰ مقدارِ الملكِ؛ لأن المؤنةَ تبعٌ لهُ وصار كأجرة الكيَّالِ والوزانِ وحفر البئر المشتركة، ونفقة العبد المشتركة[3].

وله: أنَّ الأجرة وجبت في مقابلةِ تمييزِ الحقوقِ بعضِهَا من بعضٍ، وهٰذا عملٌ لا تفاوتَ فيه، فإنَّ تمييزَ الأقلِ من الأكثرِ كتمييزِ الأكثرِ من الأقلِ، ولو قسمت دينارًا بين رجلين أسداسًا لأحدهما السدس، وللآخر خمسة الأسداس، فتميزتْ دانقًا ودفعته إلىٰ صاحبِ السدسِ ودفعتْ الباقي إلى الآخرِ، فالعملُ في تمييزِ دانقٍ من دينارٍ هو عينُ العملِ في تمييزِ خمسةِ الأسداسِ من دينارٍ، فإذا ٱستوىٰ عملُهُ لهما واستحقَّ الأجرةَ في مقابلة عمله[4] وهما سواءٌ في وجوبِ الأجرةِ عليهما، فوجبَ أنْ

---

(١) «الهداية» ٤/ ٣٦٩-٣٧٠، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٤-٣٣٥، و«البحر الرائق» ٨/ ١٦٨-١٦٩، و«اللباب» ٤/ ٩١-٩٢.

(٢) «المبسوط» ١٥/ ٥، و«الهداية» ٤/ ٣٧٠، و«البحر الرائق» ٨/ ١٦٨-١٦٩، و«اللباب» ٤/ ٩٢-٩٣.

(٣) في (ب): (المشترك).

(٤) في (ب): (عملهم).

تستوي مقاديرُ الواجبِ عليهم أجرةً علىٰ أنَّ بعضَ العلماءِ قال: المشقةُ في إفرازِ الأقل من الأكثر فوقَ المشقةِ في إفرازِ الأكثرِ من الأقلِّ، فيفتقرُ الأقلُّ إلىٰ تدقيقٍ في الحسابِ لا يفتقرُ إليه هٰذا، بخلافِ حفرِ البئر؛ لكون الأجرةِ مقابلةً بنقلِ الترابِ وهو متفاوتٌ. وأمَّا الوزنُ والكيلُ فإنْ كان للقسمةِ فالخلافُ واحدٌ، وإلَّا فالأجرةُ فيهما مقابلةٌ بعملهما وهو متفاوتٌ.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: أنَّ الأجرةَ علىٰ طالبِ القسمةِ لانتفاعهِ بها دون الممتنعِ لتضرُّرِهِ.

قال: (ولا يجبرُ الناسَ علىٰ قاسمٍ).

أي: لا يجبرُ القاضي الناسَ علىٰ أنْ يستأجرَوه، لأن الجبرَ لا يجري في العقود؛ ولأن تعيُّنَهُ يفضي إلىٰ تحكُّمِهِ في الزيادةِ علىٰ أجرِ مثلِهِ، وفي ذلك ضررٌ بالناسِ، ومتى ٱصطلحوا فاقتسموا جازَ إلَّا أنْ يكونَ فيهم صغيرٌ فيفتقرُ إلىٰ أجرِ القاضي لعدم ولايتهِم عليه[2].

قال: (ويمنعون عن الشركةِ).

لأن القسَّامَ متى ٱشتركوا توكَّلَ بعضُهم لبعضٍ فكثرتِ الأجرةُ وغلتْ، وإذا منعوا[3] عن الشركةِ بادرَ الواحدُ منهم خوفَ الفوتِ فيرخص الأجرةَ، ففي منعِهِم من القسمةِ رعايةُ مصلحةِ الناسِ[2].

---

(١) «المبسوط» ١٥/٥، و«الهداية» ٤/ ٣٧٠، و«البحر الرائق» ٨/ ١٦٨-١٦٩، و«اللباب» ٤/ ٩٢-٩٣.

(٢) «الهداية» ٤/ ٣٧٠، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٥، و«البحر الرائق» ٨/ ١٦٩، و«اللباب» ٤/ ٩٢.

(٣) في (ب): (امتنعوا).

قال: (وإذا حضرَ شركاءُ وفي أيديهم عقارٌ ٱدَّعوا أنه إرثٌ وطلبوا القسمةَ فهي موقوفةٌ على البينةِ بالموتِ وعددِ الورثةِ، وقالا: تقسَّمُ باعترافهم ويذكرُ في كتاب القسمةِ ذلك كما في غيرِ العقارِ أو عقار ٱدَّعوا شراءَهُ أو ملكَهُ مطلقًا).

إذا حضر جماعةٌ إلى القاضي وفي أيديهم عقارٌ فادَّعوا أنهم ورثوه من فلانٍ لم يقسِّمْها القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله[1] حتىٰ يقيموا البيِّنة أنَّ مورِّثَهُم مات، وعلىٰ عددِ ورثتِهِ.

وقالا[2][1]: يقسمها القاضي[3] باعترافِهِم، ويذكرُ في كتاب القسمةِ أنه قسَّمها بينهم بقولهم، وقاسَ في المتنِ قولَهُمَا علىٰ صورتين مجمع عليهما تنبيهًا على العلَّةِ، وتعريفًا لحكمهما[4].

إحداهما: إذا كان المشتركُ بالإرثِ ما سوى العقارِ فإنه يقسِّمُهُ بينهم بقولِهِم إجماعًا[4].

والثانية: إذا كانتْ في أيديِهم عقارٌ ٱدَّعوا أنهم ٱشتروه، فإنَّه يقسَّم بينهم بقولِهم إجماعًا.

لهما: أنَّ اليدَ دليلُ الملكِ، وعقلُهم وإيمانُهُم يمنعُ[5] عن الكذبِ ولا منازعَ لهم فيه ليمكنَ إقامةُ البيِّنة عليهم؛ لأن البيِّنة لا تقامُ إلَّا على

(١) «مختصر الطحاوي» ٤١١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٥١، و«المبسوط» ١٥/ ٥، و«اللباب» ٤/ ٩٣.

(٢) في (ب): (وقال أبو يوسف ومحمد). (٣) من (ب).

(٤) «مختصر الطحاوي» ٤١١، و«المبسوط» ١٥/ ٥، و«الهداية» ٤/ ٣٧١، و«اللباب» ٤/ ٩٣.

(٥) في (ب): (يمنعهم).

المنكرِ ولا منكرَ فيقسِّمُهُ بينهم كما في المنقولِ الموروثِ، وكما في العقارِ المشترك في غيرِ الإرثِ، وإنَّما يذكرُ القاسمُ في كتابِ القسمةِ أنَّه قَسمَّها بينهم باعترافِهم؛ ليقتصرَ الحكم بالقسمةِ (عليهم)[1] ولا يتعدىٰ إلىٰ شريكٍ لهم آخر.

وله[2]: أنَّ إقرارَهُم بالإرثِ يضمنُ إقرارَهُم بالملكِ للمورِّثِ أنَّه ٱنتقلَ إليهم، فكان الحكمُ بالقسمةِ حكمًا على الميّتِ؛ لأنَّ التركةَ باقيةٌ علىٰ ملْكِهِ حكمًا قبلَ القسمةِ؛ ولهٰذا فإنَّه لو حدثتِ الزيادةُ فيها تنفذ وصاياه فيها وتُقضىٰ ديونُهُ منها بخلافِ ما بعدَ القسمةِ، وإذا كانَ قضاءً على المّيتِ لم يكنْ إقرارُهُم حجةً عليه فلابدَّ من البيِّنة، وإقامةُ البيِّنة هٰهنا مفيدةٌ؛ لأن بعضَ الورثةِ ينتصبُ خصمًا على الميتِ ولا يقدحُ في ذلك إقرارُهُ كما في الوارثِ /١٦١ب/ والوصيِّ يقرَّان بالدَّيْنِ فإنَّه يقبلُ البيِّنة عليهما مع إقرارِهما، وصارَ كما لو حضَر منازعٌ ينازعهم في التركةِ، وهٰذا بخلافِ المنقولِ الموروثِ، وكان القياسُ يقتضي أنْ لا يقسِّم بدون البيِّنة إلَّا أنَّا ٱستحسنَّا ذلك للحاجةِ الماسةِ إلىٰ حفظِ المنقولِ، فإنَّ العقارَ محفوظٌ بنفسِهِ، والمنقولُ مضمونٌ علىٰ من وقعَ في يدِهِ ولا كذلك العقارُ عند أبي حنيفة[3] وأبي يوسف[3] رحمهما الله وبخلافِ العقارِ الذي ٱدَّعوا شراءَهُ؛ لأنَّ المبيعَ لا يبقىٰ علىٰ ملْكِ البائعِ سواء قُسِّمَ أو لم يقسَّمْ، فلم يكن إقرارُهُم به إقرارًا بالملْكِ للغير، فلم تكن القسمةُ قضاءً على الغير بإقرارِهم.

---

(١) من (ب) و (ج).

(٢) «الهداية» ٤/ ٣٧١، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٥، و«البحر الرائق» ٨/ ١٦٩-١٧٠، و«اللباب» ٤/ ٩٤.

(٣) «الهداية» ٤/ ٣٧٠، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٥، و«البحر الرائق» ٨/ ١٦٩-١٧٠، و«اللباب» ٤/ ٩٢.

وذكر أبو نصرٍ البغدادي رَحِمَهُ اللَّهُ[١][٢] شارح القدوري رَحِمَهُ اللَّهُ رواية «الجامع الصغير»[٣] فيما إذا ٱدّعوا شراءَ العقارِ أنه لا يقسَّم إلَّا بالبيِّنة على الملْكِ.

وذكر صاحبُ «الهداية»[٤] هٰذِه الروايةَ فيما إذا كان في أيديهم عقارٌ ٱدَّعوا أنه ملكَهُمْ ولم يذكروا (كيفيةَ ٱنتقالِهِ)[٥] إليهم، ولم يذكرْ في الشراءِ خلافًا، فقال: وإن ٱدَّعوا الملْكَ ولم يذكرْ كيف ٱنتقَل قسَّمَه بينهم؛ لأنه ليس في القسمةِ قضاءٌ على الغيرِ، فإنهم لم يقروا بالملْكِ لغيرِهِم.

قال: وهٰذِه روايةُ كتابِ القسمةِ، وفي «الجامع الصغير»[٣] أرضٌ ٱدَّعاها رجلان وأقاما البيِّنة أنها في أيديهما وأرادا القسمةَ لم يقسمْها حتَّىٰ يُقيما البيِّنة أنها لهما؛ لاحتمال أنْ تكونَ لغيرهما.

قال: ثم قيل: هٰذا قولُ أبي حنيفة[٦] رَحِمَهُ اللَّهُ خاصةً، وقيل: هو قولُ الكلِّ وهو الأصحُّ؛ لأنَّ قسمةَ الحفظِ في العقارِ غيرُ محتاجٍ إليه[٧] وقسمةُ الملْكِ تفتقرُ إلىٰ قيامِ الملْكِ ولا ملْكَ فامتنع الجوارُ، والمذكورُ في المتنِ هو روايةُ كتابِ القسمةِ وهو المذكورُ في «مختصر القدوري»[٨].

---

(١) «اللباب» ٤/ ٩٢.

(٢) أبو نصر أحمد بن محمد المعروف بالأقطع سبقت ترجمته.

(٣) «الجامع الصغير» ص٣٨٣-٣٨٤

(٤) «الهداية» ٤/ ٣٧١.

(٥) في (ب): (كيف ٱنتقل).

(٦) «الهداية» ٤/ ٣٧١، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٥، و«البحر الرائق» ٨/ ١٦٩-١٧٠، و«اللباب» ٤/ ٩٤.

(٧) في (ب) و(ج): (إليها).

(٨) «الكتاب» ٤/ ٩٤.

قال: (أو وارثان في يدهما عقارٌ ومعهما غائبٌ أو صبيٌّ وبرهنا على الوفاةِ وعددِ الورثةِ قسم بطلبهما، ونصَّبَ عن الغائبِ أو الصبيِّ مَنْ يقبضُ نصيبَهُ، أو مشتريان ومعهما غائبٌ، أو كان العقارُ في يدِ الغائبِ، أو كان الطالبُ واحدًا لم يقسَّمْ).

هٰذِه مسائل:

الأولىٰ: إذا حضرَ وارثان فادَّعيا أنهما ورثا العقارَ الذي في أيديهما ومعهما وارثٌ آخر غائبٌ أو معهما صبيٌّ وأقاما البيِّنة على الوفاةِ وعددِ الورثةِ، فإنَّ العقارَ يقسَّم بطلبهما، وينصِّبُ القاضي عن الغائب وكيلًا وعن الصبيِّ وصيًّا يقبضُ نصيبَهُما؛ لأنَّ في ذلك نظرًا للغائب والصبي[1]، ولابدَّ من إقامةِ البيِّنة في هٰذِه الصورةِ عنده خلافًا لهما، كما مرَّ في الصورةِ الأولىٰ، والتنبيةُ علىٰ حُكمِ الصبيِّ زائدٌ[2].

المسألة الثانية: إذا حضرا وطلبا القسمةَ وفي أيديهما دارٌ ٱدّعيا شراءَها ومعهما مشترٍ آخرُ غائبٌ لم تقسَّمْ بطلبهَمَا، والفرقُ بين المسألتين أنَّ ملْكَ الوارثِ ملْكُ خلافه عن المورِّث حتىٰ يَردَّ هو بالعيبِ، وردَّ عليه بالعيب فيما كان المورثُ ٱشتراه، ويصيرُ مغرورًا بشراءِ المورّث، فانتصبَ أحدُهُما خصمًا عن الميِّتِ فيما في يدِهِ والآخرُ خَصْمٌ عن نفسِهِ، فكانتِ القسمةُ قضاءً على الخصمين الحاضرين فصحَّ، أمَّا الملْكُ الثابتُ بالشراءِ فملْكٌ مبتدأ؛ ولهٰذا لا يردُّ بالعيبِ علىٰ بائعِ بائِعِهِ، فلم يصلحِ

---

(١) من (ب)، (ج).

(٢) «مختصر الطحاوي» ٤١١-٤١٢، و«المبسوط» ١٥/ ١١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٥١، و«الهداية» ٤/ ٣٧١.

الحاضرُ خَصْمًا عن الغائبِ، فلم يكنِ القضاءُ بحضرةِ الخصمين، فلم يصح[1].

المسألة الثالثة: إذا كان العقارُ في يدِ الغائبِ الوارثِ لم يقسَّمْ، وكذلك لو كان شيءٌ منه في يدِهِ أو يدِ مودعه أو يدِ الصبيِّ الوارثِ؛ لأنه لو قُسَّمَ تكون القسمةُ قضاءً على الغائبِ وقضاء على الصغير باستحقاقِ يدهما من غير خَصْمٍ عنهما، والمودعُ ليس بخصمٍ فيما يستحقُّ عليه، والقضاءُ من غيرِ خصْمٍ لا يجوزُ ولا فرقَ في هٰذِه الصورةِ بين إقامةِ البيِّنة، وعدمُ إقامتِهَا هو الصحيحُ[2].

المسألة الرابعة: إذا كان الطالبُ للقسمةِ وارثًا واحدًا وشريكه غائبٌ فأقام هٰذا الحاضرُ البيِّنة لم تقسَّمْ؛ لأنه لابدَّ من حضورِ خَصْمَين؛ لأنَّ الواحدَ لا يصلحُ مخاصِمًا ومخاصَمًا ومقاسِمًا ومقاسَمًا، ولو كان أحدُ الحاضرين صغيرًا نصَّبَ القاضي عنه وصيًّا وقسم عند إقامةِ البيِّنة لما مرَّ[3].

قال: (وإذا ٱنتفعَ كلٌّ بنصيبه قسم بطلبِ أحدِهم).

إذا كان كلُّ واحدٍ من الشركاءِ ينتفعُ بنصيبِهِ إذا قُسِّمَ، فطلبَ أحدُهُم القسمةَ قُسِّمَ؛ لأن القسمةَ حقٌّ لازمٌ فيما يحتملُ القسمةَ عند طلبِ أحدِهما علىٰ ما مرَّ[4].

---

(١) «المبسوط» ١٥/ ١٢، و«الهداية» ٤/ ٣٧١-٣٧٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٦، و«البحر الرائق» ٨/ ١٧٠.

(٢) «المبسوط» ١٥/ ١٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٥٢، و«الهداية» ٤/ ٣٧٢، و«البحر الرائق» ٨/ ١٧٠-١٧١.

(٣) «الهداية» ٤/ ٣٧٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٦، و«البحر الرائق» ٨/ ١٧٠-١٧١.

(٤) «المبسوط» ١٥/ ١٢-١٣، و«الهداية» ٤/ ٣٧٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٦، و«اللباب» ٤/ ٩٤.

قال: (وإن ٱنتفعَ واحدٌ لكثرةِ نصيبهِ واستضر آخرُ لقلَّتِهِ قُسِّمَ بطلبِ المنتفعِ وحدَهُ).

لأنَّ صاحبَ الكثير[١] ينتفعُ بالقسمةِ فيعتبرُ طلبُهُ، وصاحبُ القليلِ إذا طلبَ القسمةَ كان متعنتًا فيها، فلم يُعتبرُ طلبُهُ، وقيل: الحكمُ علىٰ عكسِ هٰذا إنْ طلبَهُ صاحبُ القليلِ قُسِّمَ، وإنْ طلبَ صاحبُ الكثير[٢] لم يقسَّمْ؛ لأنه يريدُ الإضرارَ لصاحبِ القليلِ فلا يعتبُر، وصاحبُ القليلِ راضٍ بضررِ نفسِهِ، ذكره الخصَّافُ[٣] وذكر في «مختصره» أنَّهَ يُقسَّمُ بطلبِ كلٍّ منهما، والصحيحُ ما ذكرناه في المتنِ[٤].

قال: (وإنِ ٱستضروا فبتراضيهم).

إذا كان كلٌّ من الشركاءِ يستضرُّ بالقسمةِ؛ لصغرِ نصيبِهِ لم يقسِّمْهَا بينهم إلَّا بتراضيهم؛ لأنَّ الجبرَ في القسمةِ إنما ساغ لتكميلِ المنفعةِ، وفي هٰذِه القسمةِ تفويتها. أمَّا إذا تراضَوا فالحق لهم، فهم أعرفُ بأنفسِهِم، والقاضي إنما يقضي بالظاهر[٤].

قال: (وتقسَّمُ العروضُ المتحدة الجنسِ فلا تُقسَّمُ المختلفةُ إلَّا بالتراضي).

أمَّا الأولُ فلأنَّ عندَ ٱتحادِ الجنسِ تتحدُ المقاصدُ (فيحصلُ التعديلُ)[٥]

---

(١) في (ب): (الأكثر).

(٢) في (ب)، (ج): (الكثرة).

(٣) «الاختيار» ٢/ ٣٣٦.

(٤) «المبسوط» ١٥/ ١٣، و«الهداية» ٤/ ٣٧٢، و«البحر الرائق» ٨/ ١٧٢، و«اللباب» ٤/ ٩٤-٩٥.

(٥) غير واضحة بالأصل والمثبت من (ب) و (ج).

/١٦٢أ/ في القسمةِ والتكميلِ في المنفعةِ[١]، وأمَّا الثاني فلأنَّ الجنسَ لا يختلطُ بعضُهُ في بعضٍ بسببِ التفاوتِ واختلافِ المقاصدِ، فلا تكونُ قسمتُهَا تمييزًا بل معاوضةً، فلا بدَّ في المعاوضةِ من التراضي، ويقسِّمُ القاضي كلَّ مكيلٍ موزونٍ كثيرٍ وقليلٍ، وكذلك المعدودُ المتقاربُ وتبرُ الذهبِ والفضةِ وتبرُ النحاسِ والحديدِ، والإبلُ وحدَهَا، وكذلك الغنمُ والبقرُ، ولا يقسِّم شاةً وبعيرًا وحمارًا وفرسًا، ولا يقسمُ إلا[٢] الأواني؛ لأنَّ الأواني وإنْ كانت باعتبارٍ جنسًا واحدًا، لكن ٱختلافَ الصنعةِ ألحقَهَا بالأجناسِ المختلفةِ، ويقسِّمُ الثيابَ المتحدةَ الجنسِ، ولا يقسِّمُ ثوبًا واحدًا؛ للحوقِ الضررِ بواسطةِ القطعِ، ولا يقسِّمُ ثوبين ٱختلفتْ قيمتُهُمَا لالتحاقهما بالأجناسِ المختلفةِ[١].

قال: (والرقيقُ لا يُقسَّم كالجواهرِ).

قال أبو حنيفة رحمه الله[٣]: لا يقسَّمُ العبيدُ بعضُهُم في بعضٍ.

وقالا[٣]: يقسَّمُ إذا طلبَ أحدُهُمَا؛ لأنَّ العبيدَ جنسٌ واحدٌ فصار كالإبلِ والخيلِ والغنمِ ورقيق المغنم.

وله[٣]: أنَّ فحشَ التفاوتِ في الآدميِّ ألحقَ المتحدَ فيه بالمختلفِ الجنسِ؛ وهٰذا لأنَّ معظمَ منافعِ الإنسانِ متعلقةٌ بما فيه من المعاني الباطنةِ التي لا ٱطلاعَ عليها، فامتنعَ التعديلُ بخلافِ الحيواناتِ، فإنَّ

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٤١٦، و«المبسوط» ١٥/ ١٧-١٨، و«الهداية» ٤/ ٣٧٢-٣٧٣، و«اللباب» ٤/ ٩٥-٩٦.

(٢) من (ج).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٤١٦، و«المبسوط» ١٥/ ٣٦-٣٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٤٣، و«البحر الرائق» ٨/ ١٧٢، و«اللباب» ٤/ ٩٥-٩٦.

التفاوتَ من الجنسِ الواحدِ منها قليلٌ، فإنَّ معظمَ منافِعِهَا بظواهرِ صفاتِهَا، وإنَّه مما يمكنُ الاطلاعُ عليه؛ ولهٰذا فإنَّ الذكرَ والأنثىٰ منها يعدُّ جنسًا واحدًا وفي بني آدم يعدُّ جنسين حتَّىٰ، لو اشترىٰ نسمةً علىٰ أنَّها عبدٌ فكانت أمةً أو بالعكسِ لم ينعقدِ البيعُ أصلًا، ولو اشترىٰ فرسًا أو جملًا علىٰ أنه ذكرٌ فكان أنثىٰ ينعقدُ البيعُ ويثبتُ الخيارُ، وإنما قال: كالجواهرِ؛ لأنَّ الصحيحَ أنَّ الجواهرَ لا تقسَّمُ جبرًا في قولِهِم جميعًا.

وقيل: إنَّه على الخلافِ في الرقيقِ. وجهُ الصحيحِ أنَّ التفاوتَ فيها أفحشُ، فكانتِ الجهالةُ فيها أشدَّ، فامتنع التعديلُ؛ ويدلُّ عليه أنه لو تزوجَ امرأةً علىٰ لؤلؤةٍ أو ياقوتةٍ تبطلُ التسميةُ[١] ويجبُ مهرُ المثلِ، ولو تزوجَهَا علىٰ عبدٍ صحتِ التسمية، ويتخيرُ الزوج بين إعطائِها عبدًا وسطًا وبين دفعِ القيمةِ.

قال: (ولا يُقسَمُ حمامٌ ولا رحىٰ ولا بئرٌ).

لأن قسمةَ ذلك مشتملٌ على الضررِ من الجانبين، فإنه لا يبقىٰ كلٌّ منهما منتفعًا بنصيبِهِ[٢] الانتفاعَ المقصودَ منه فلا يقسم جبرًا، فإنْ تراضوا علىٰ ذلك فهم متصرفون في حقوقِهم فيجوزُ[٣].

(١) في (ج): (القسمة).

(٢) في (ب): (بنفسه).

(٣) «المبسوط» ١٥/ ٥٢-٥٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٤٣-١٤٢، و«الهداية» ٤/ ٣٧٣، و«البحر الرائق» ٨/ ١٧٢-١٧٣، و«اللباب» ٤/ ٩٦.

قال: (والدورُ المشتركةُ في مصرٍ تقسم كلٌّ علىٰ حدةٍ كدارٍ وَضَيْعَةٍ، أو دارٍ وحانوتٍ، وأجازا قسمةَ بعضِها في بعضٍ إن كان أصلحَ).

إذا كان لرجلين داران في مصرٍ واحدٍ، وطلبا من القاضي قسمتَهَا، فإنه يُقَسّمُ كلَّ دارٍ منهما علىٰ حدة، ولا يقسِّمها قسمته واحدةً يجمع نصيبَ أحدِهما في إحداهما إلَّا بتراضيهما عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[١].

وقالا[٢]: إن رأى القاضي أنَّ الأصلحَ لهم قسمةُ بعضِها في بعضٍ قسَّمها بينها كذلك.

وعلىٰ هٰذا الخلافِ الأراضي المتفرقةُ المشتركةُ. لهما أنهما جنسٌ واحدٌ في الأسمِ والصورةِ نظرًا إلىٰ أصلِ السُّكنىٰ، وهما جنسان معنىٰ نظرًا إلىٰ وجوهِ السكنىٰ والمقاصدِ نحو القربِ من المسجدِ والماءِ والأمنِ، وصلاحِ الجيرانِ، وغيرِ ذلك، فكان الترجيحُ مفوضًا إلىٰ رأي القاضي.

وله: أنَّ الدارين يتفاوتان تفاوتًا ظاهرًا أو يختلفان اختلافًا فاحشًا باختلافِ المكان[٣] والجيران والقربِ من المسجدِ والماءِ. فامتنعَ التعديلُ في القسمةِ؛ ولهٰذا فإنه لو وكَّلَهُ بشراءِ دارٍ لم يجزْ، كما لا يجوزُ التوكيلُ بشراءِ ثوبٍ، وكذلك لو تزوجها علىٰ دارٍ لم يصح، كما لو تزوجها علىٰ

---

(١) «المبسوط» ١٥/ ٥٢-٥٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٤٣-١٤٢، و«الهداية» ٤/ ٣٧٣، و«البحر الرائق» ٨/ ١٧٢-١٧٣، و«اللباب» ٤/ ٩٦.

(٢) «الهداية» ٤/ ٣٧٣-٣٧٤، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٧، و«البحر الرائق» ٨/ ١٧٣، و«اللباب» ٤/ ٩٨-٩٩.

(٣) في (ب، ج): (المحال).

ثوبٍ وصار كالدارِ والضعيةِ أو الدارِ والحانوتِ[١].

ونبَّه في «المختصر»[٢] علىٰ حكمِ ذلك وعلىٰ تعليل الإمامِ، والعلةُ ٱختلافُ الجنسِ، والجامعُ بين المقيسِ والمقيسِ عليه إلحاقُ الٱختلافِ المعنويِّ بالاختلافِ الصوريِّ، فإن التفاوتَ المانعَ من القسمةِ والتعديلِ لا يختلفُ باختلافِ التفاوتِ في الصورةِ والمعنىٰ.

وقد ذكر الخصَّافُ[٣] أنَّ الدارَ والحانوتَ جنسان كما هو المذكورُ وقال في الإجارات في الأصل أنَّ إجارةَ منافع الدارِ بالحانوتِ لا تجوزُ، وهٰذا دليلٌ علىٰ أنهما جنسٌ واحدٌ، فيحمل ذلك علىٰ أن في المسألةِ روايتين أو علىٰ أنَّ حرمةَ الربا هنالك مبنيةٌ علىٰ شبهةِ الجنسية[٣].

قال: (فإنْ تراضوا بقسمِتهَا فهي بيعٌ).

قال الإمامُ[٤] رَحِمَهُ اللهُ: إذا تراضوا أنْ يقسِّموا الدورَ بينهما بتراضيهما فذلك بيعٌ معناه أنَّ أحدَهُما صار كأنه باعَ من شريكِهِ نصيبَهُ من تلك الدارِ بنصيبِ شريكِهِ من هٰذِه الدارِ.

وقالا[٤]: إذا رأى القاضي أنَّ الأصلحَ قسمتُهَا جملةً فقسَّمها بتراضيهما لم يكن بيعًا؛ لأنَّ القاضي يملكُ هٰذِه القسمةَ بغيرِ تراضيهما عندهما.

---

(١) «المبسوط» ١٥/ ١٧-١٨، و«الهداية» ٤/ ٣٧٤، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٧، و«اللباب» ٤/ ٩٩.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٤١٤.

(٣) «الهداية» ٤/ ٣٧٤، و«البحر الرائق» ٨/ ١٧٣.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٤١٦، و«المبسوط» ١٥/ ٦٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٤٤، ١٧٣، و«اللباب» ٤/ ٩٩.

قال: (ولو وجدَ المشتري نصيبَ أحدهما معيبًا بعد بنائِه فيه، فرجعَ بنقصانِهِ، فرجوعُهُ علىٰ شريكه منتفٍ).

إذا ٱقتسما دارًا فباعَ أحدُ الشريكين نصيبَهُ فبنىٰ فيه المشتري، ثم وجدَ به عيبًا فلم يتمكنْ من الردِّ بسبب هٰذِه الزيادةِ، فرجعَ بنقصانِ العيبِ عليه لم يرجعْ هو /١٦٢ب/ علىٰ شريكِهِ بما ضمن للمشتري[1][2].

وقالا[1]: يرجعُ عليه، وهٰذِه مبنيةٌ على الٱختلافِ في مسألةِ الدعوىٰ إذا باعَ جاريةً، ثم باعَهَا المشتري من آخرَ فاستولدها المشتري، ثم ٱستحقَّهَا رجلٌ فأخذها وأخذ قيمةَ الولدِ رجعَ على البائعِ بالثمنِ وبقيمةِ الولدِ، والبائعُ يرجعُ علىٰ بائعهِ بالثمنِ لا غير عند أبي حنيفة. وعندهُمَا به وبقيمةِ الولدِ، وقد مرَّتْ في الفصل الأخيرِ منه.

قال: (ولو ٱستُحقَّ بعضُ معينٍ من نصيبِ أحدِهمَا لم تُفْسَخْ أو شائعٍ في الكلِّ فسخت أو في نصيبِ أحدِهما فله الرجوعُ في نصيبِ الآخرِ وقالا: تفسخُ ووافق في الأصحِّ).

هٰذِه ثلاثُ مسائلِ:

والأوليان زائدتان وفاقيتان أثبتهما تصحيحًا للخلافية، فإنَّ القدوري[3] رَحِمَهُ اللَّهُ قال: وإذا ٱستحقَّ (بعضَ)[4] نصيبِ أحدِهِمَا بعينه لم تفسخِ القسمةُ عند

---

(١) «المبسوط» ١٥/٤٩-٥٠، و«الهداية» ٣/٤٢، و«الاختيار» ٢/ ٢٧١، و«اللباب» ١/٢٤٨.

(٢) في (ب): (على المشتري).

(٣) «اللباب» ٤/١٠٦.

(٤) من (ب) و(ج).

أبي حنيفة[(١)] رَحِمَهُ اللَّهُ ويرجعُ بحصتِهِ من ذلك من نصيبِ شريكه، وقالا[(١)(٢)]: تفسخُ القسمةُ فذكر الخلافِ فيما إذا ٱستحقَّ نصيبَ معين.

قال صاحبُ «الهداية»[(٣)] رَحِمَهُ اللَّهُ: وهكذا ذكرَ الخلافَ في «الأسرار» والصحيحُ أنَّ الآختلافَ في ٱستحقاقِ بعضٍ شائعٍ من نصيبِ أحدهما، فأمَّا في ٱستحقاقِ بعضٍ معين لا تفسخُ القسمةُ بالإجماعِ[(٣)]، ولو ٱستحقَّ بعضَ شائعٍ في الكلِّ تفسخ القسمةُ بالإجماعِ فهٰذِه ثلاثةُ أوجهٍ، ولم يذكرْ قولَ محمدٍ[(٣)] وذكر أبو سليمان[(٣)] مع قولِ أبي يوسف[(٤)] رَحِمَهُ اللَّهُ، وذكره أبو حفصٍ[(٤)] مع قول[(٥)] أبي حنيفة[(٤)] رَحِمَهُ اللَّهُ وهو الأصحُّ، وقد أثبتَهُ لذلك فقلت: ووافقَ -أعني، ووافقَ محمدٌ-[(٤)] الإمامَ في الأصحِّ والقرينة السابقة، وهي قولنا: (وقال: تفسخُ) تعرفُ أنَّ الموافقةَ مع أبي حنيفةَ[(٤)]، فإنَّ ضميرَ التثنيةِ كنايةٌ عن أبي يوسفَ[(٦)] ومحمدٍ[(٦)] رحمهما الله. لأبي يوسف[(٦)] أنَّ باستحقاقِ البعضِ الشائعِ في نصيبِ أحدهِما ظهر شريكٌ ثالثٌ، والقسمةُ بدون رضاه لا تصحُّ كما إذا كان الآستحقاقُ في بعضِ شائعٍ في النصيبين، وهٰذا لأنَّ باستحقاقِ نصيبٍ شائعٍ لا يتحققُ الإفرازُ؛ لأنَّه يوجبُ الرجوعَ بحصتِهِ في نصيبِ الآخر (شائعًا بخلاف)[(٧)] المعين.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٤١٥، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/١٤٦-١٤٧، و«المبسوط» ١٥/٦٤-٦٥، و«اللباب» ٤/١٠٦.

(٢) في (ب)، (ح): (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله).

(٣) «الهداية» ٤/٣٧٩. (٤) «الاختيار» ٢/٣٤٠. (٥) من (ب).

(٦) «مختصر الطحاوي» ص٤١٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/١٤٧-١٤٨، و«المبسوط» ١٥/٤٣-٤٤، و«اللباب» ٤/١٠٦.

(٧) طمس في الأصل، والمثبت من (ب) و(ج).

ولهما[١]: أنَّ الإفراز غيرُ معدومٍ باستحقاقِ الجزءِ الشائعِ في نصيبِ أحدهما. ألا ترىٰ أنهما لو ٱقتسماها هكذا في الاْبتداءِ جازتِ القسمةُ، فكذلك في الاْنتهاءِ، كما إذا كان النصفُ المقدمُ من الدارِ مشتركًا بينهما وبين ثالثٍ والنصفِ المؤخرِ منها لا شركةَ لغيرِهِمَا فيه، فاقتسما علىٰ أنَّ لأحدِهِمَا مالهما من النصفِ المقدمِ وربعِ المؤخرِ فإنَّهُ يجوزُ، وصار كاستحقاقِ جزءٍ معينٍ بخلافِ الشائعِ في النصيبين؛ لأنَّه لو بقيت القسمةُ يتضررُ الثالثُ بتفرقِ نصيبه إلىٰ هٰهنا فلا ضررَ بالمستحقِّ فافترقا، وصورةُ المسألةِ: رجلان ٱقتسما دارًا بالتراضي أثلاثًا الثلثُ المقدمُ من الدارِ لأحدِهِمَا، والثلثان المؤخران للآخرِ، وقيمةُ الثلثين كقيمةِ الثلثِ ستُّمائةِ درهمٍ، فجاء مستحقٌّ لنصفِ الثلثِ المقدَّمِ شائعًا لا تنفسخُ القسمةُ عند أبي حنيفة[١] رحمه الله، ولكنه إنْ شاء فسخَ واستأنفَ القسمةَ وإنْ شاءَ رضي بعيبِ الشركةِ، فيرجعُ علىٰ شريكِهِ صاحبِ الثلثين بربعِ ما في يدِهِ.

وقال أبو يوسف[١] رحمه الله: تبطلُ القسمةُ ويستأنفانها بينهما، وقد تقدمَ أنَّ محمدًا[٢] مع أبي حنيفة[١] في روايةِ أبي حفصٍ[١] وهو الأصحُّ، ومع أبي يوسف[١] في رواية أبي سليمانَ[١]، فأبو يوسفَ[١] يقولُ: إذا ٱستحقَّ نصفَ الدارِ كلِّها شائعًا بطلتِ القسمةُ، فكذا إذا ٱستحقَّ نصفَ نصيبِ أحدِهِمَا، وهما يقولان: إنَّ هٰذا الاْستحقاقَ لم يوجبْ شيوعًا في نصيبِ الآخرِ فلا تنتقضُ القسمةُ كما في ٱستحقاقِ بعضِهِ مقسوما معينًا، بخلافِ ٱستحقاقِ نصفِ الجملةِ شائعًا لظهورِ الشريكِ الثالثِ المتضرِّرِ

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٤١٧، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٤٧-١٤٨، و«المبسوط» ١٥/ ٤٣-٤٤، و«اللباب» ٤/ ١٠٦.

(٢) «اللباب» ٤/ ١٠٦.

بانقسامه في النصيبين لولا القسمةُ، وإنما يرجعُ بربعِ ما في يدِهِ؛ لأَنَّهُ لو ٱستحقَّ كلَّ ما في يدِهِ رجعَ بنصفِ ما في يدِ الشريكِ، فإذا ٱستحقَّ النصفَ رجعَ بنصف النصفِ، وهٰذِه المسألةُ مذكورةٌ في بابِ أبي حنيفة مع أبي يوسف رحمهما الله في «المنظومةِ»[1] ، وقد ٱجتزأتُ بذكرِهَا مجملًا على التفصيلِ.

---

(١) «المنظومة» لوحة (٦٨).

فصلٌ:

في كيفيةِ القسمةِ ودعوى الغلطِ فيها

قال[١]: (وينبغي أنْ نصورَ ما يقسِّمه ويعدِّلُه ويزرعُه ويقوِّمُ بناءه ويفردُ كلَّ نصيبٍ بطريقهِ وشربِه ويلقبُ نصيبًا بالأولِ والآخر بالثاني وهلم جرًّا ويقرعُ، فمن خرجَ ٱسمُهُ أولًا أخذَ الأولَ وهكذا).

أمَّا التصويرُ فليتمكنَ من حفظِهِ وأمَّا التعديلُ وهو التسويةُ علىٰ سهامِ القسمةِ فلينقطعَ عن غيرِهِ، وأمَّا الزرعُ فليعرفَ مقدارَهُ، وأمَّا تقويمُ البناءِ فلكونِهِ محتاجًا[٢] إليه في الآخرة[٣]، وأمَّا إفرادُ كلِّ نصيبٍ بطريقِهِ وشربِهِ فلينقطعَ تعلقُه بالآخرِ، فيتحققُ معنى القسمةِ بانقطاعِ المنازعةِ على الكمالِ ثم يلقبُ نصيبًا منها بالأولِ وثانيًا بالثاني وآخِرًا بالثالثِ وهلم جرّا.

ويقرعُ، أي: يكتب أسماءهم ويخرج القرعةَ، فمن خرجَ ٱسمه أولًا آخذ النصيب الملقب بالأول، ومن خرج ثانيًا فله الثاني هكذا. والأصلُ أن ينظرَ إلىٰ أقلِّ أنصبائهِم، فإنْ كان ثلثًا جعلَهَا أثلاثًا أو سدسًا جعلها أسداسًا، وهٰذِه القرعةُ لتطييبِ القلب[٤] وإزالةِ[٥] تهمةِ ميلِ القاضي، إلىٰ أحدِ الشركاءِ، حتىٰ لو عينَّ لكلِّ منهم نصيبًا من غيرِ أنْ يقرعَ جاز؛ لأنَّ ذلك في معنى القضاءِ، فصحَّ الإلزامُ به[٦].

---

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (مختلفًا).

(٣) في (ب): (الآخر).

(٤) في (ب): (القلوب).

(٥) في (ب): (وإزاحة).

(٦) «مختصر الطحاوي» ٤١٤-٤١٥، و«المبسوط» ١٥/ ٨-٩، و«الهداية» ٤/ ٣٧٤-٣٧٥، و«اللباب» ٤/ ١٠٠.

وقد قال أبو حنيفة[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: القرعةُ لا تصحُّ في القياسِ /١٦٣أ/ لأنها تمليكُ معلقٌ لخطرٍ؛ لأنها إذا خرجتْ علىٰ سهمٍ ملَكَهُ وانقطعَ حقُّ الباقين عنه، والقرعةُ لا تصحُّ[٢] في إسقاطِ الحقوقِ وإيجابِ الملكِ، لكن عدلنا عن القياسِ إلىٰ الإستحسان[٣] وهو الأخذُ بالآثارِ والسنةِ، فإنَّ السلفَ رحمهم اللهُ ٱستعملوا القرعةَ في القسمةِ من غيرِ نكيرٍ، وروي أنه عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ لمَّا قسَّمَ خيبرَ جعلها سهامًا وضربَ لكلِّ فريقٍ بسهمٍ[٤].

قال: (ولا تدخلُ الدراهمُ فيها إلَّا بالتراضي).

إذا قال أحدُ الشركاءِ تُجعلُ قيمةُ البناءِ بزرعٍ من العرصةِ، وقال بعضُهُم: تُجعلُ قيمةُ البناءِ على الدراهمَ. فإنَّ القاضي يقسِّمُها علىٰ الزرع[٥]: وذلك؛ لأنَّ الذي يعطي الدراهمَ يتعجلُ زيادةَ النصيبِ من الدارِ، وتكونُ الدراهمُ في ذمته لخصمِهِ. فيجوزُ أنْ يسلمَ له وألا يسلمَ. فلا يجوزُ للقاضي أنْ يتعجلَ ذلك؛ ولأنَّ القسمةَ من حقوقِ الشركةِ، والاشتراكُ في الملكِ لا في الدراهمِ فلا يجوزُ قسمةُ ماليس بمشتركٍ، فإنْ فعلَ ذلك برضاهُم جاز؛ لأنه قد لا يمكنُ القسمةُ إلَّا بأنْ يعدلَ بالدراهمِ، فلعلَّ قيمةَ البناءِ في إحدى الخبرين تكثرُ، فلو عدلناه بالعرصةِ أفضىٰ إلىٰ أنْ لا يبقىٰ لصاحبِ البناءِ من العرصةِ ما ينتفعُ به، فيعدلُ بالدراهمِ لينتفعَ[٦] كلٌّ منهم بقطعةٍ من العرصةِ، إلَّا أنَّه مهما أمكنَ أنْ

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٤١٥، و«المبسوط» ١٥/ ٥، و«بدائع الصنائع» ٧/ ٣٢.

(٢) في (ب): (تقطع).

(٣) في (ج): (الاستحقاق).

(٤) أخرجه أبو داود في «سننه» في كتاب الخراج. قال صاحب «التنقيح»: إسناده جيد.

(٥) في (ب): (الدرهم).

(٦) في (ب): (لينقطع).

لا يفعلَ ذلك فليجتنبْ: لأنَّ في ذلك يكونُ بيعًا، والقاضي يجبرُ على القسمةِ لا على البيعِ[١].

قال: (وإذا قسَّم ولأحدِهم مسيلٌ أو طريقٌ في ملكِ الآخر غير مشروطٍ فإنْ أمكنَ صَرفهُ صرفَ وإلا فسختَ).

إذا قسَّمَ بينهم ولأحدهم مسيلٌ في ملك الآخرِ أو طريقٌ وذلك غيرُ مشروطٍ في القسمةِ، فإنْ كان يمكنُ أنْ يصرفَ الطريقُ والمسيلُ عن ملكِهِ فليس له أنْ يستطرقَ ولا أنْ يُسيِّلَ ماءه في ملكِ غيرِهِ وإنْ لم يمكنْ فسخت القسمةَ، وهٰذا مبنيٌّ علىٰ مسألةٍ، وهي: أنَّ الشركاءَ عند الأقسامِ إذا قال بعضُهُم: يرفع لنا طريقَهُ.

وقال بعضُهُم: لا يرفعُ، فإنَّ الحاكمَ ينظرُ في ذلك. فإنْ أمكنَ أنْ يكونَ لكلِ واحدٍ منهم طريقٌ مستقيمٌ في ملكِ نفسِهِ قسَّمها بينهم من غيرِ أنْ يرفعَ طريقًا بينهم، وإنْ لم يمكنْ ذلك رفعَ طريقًا لجماعتِهِم؛ ليتحققَ تكميلُ المنفعةِ فيما وراءَ الطريقِ، ولو ٱختلفوا في مقدارِهِ جعل علىٰ قدرِ عرضِ بابِ الدارِ وطولِهِ لاندفاعِ الحاجةِ بذلك، والطريقُ علىٰ سهامهم قبل القسمةِ؛ لأنَّ القسمةَ فيما وراءَ الطريقِ لا في الطريقِ، ولو شرطوا أنْ يكونَ الطريقُ بينهما أثلاثًا جاز، وإنْ كان أصلُ الدارِ شطرين؛ لأنَّ القسمةَ على التراضي بالتفاضلِ جائزةٌ، وإنما يُجعلُ في كلِّ نصيبٍ فريقٌ عند الإمكانِ؛ لأنَّ طالبَ ذلك يريدُ قسمةَ جميع الدارِ، والذي لا يختارُ ذلك قسمة بعضِهَا دونَ الطريقِ الذي يريدُ رفعها، والواجبُ قسمةُ

---

(١) «المبسوط» ١٥/ ٢٥-٢٦، و«الهداية» ٤/ ٣٧٥، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٨، و«البحر الرائق» ٨/ ١٧٤، و«اللباب» ٤/ ١٠.

الجميعِ المشتركِ إذا أمكنَ من غيرِ لحوقِ الضررِ، فأمَّا إذا لم يمكنْ رُفعُ الطريقُ بينهم على الشركةِ؛ لأنه لا ينتفعُ كلٌّ منهم بنصيبِهِ، والقسمةُ لا يصحُّ وقوعُهَا علىٰ وجهٍ يضرُّ بالمتقاسمين، إذا ثبتَ ذلك قلنا: إذا ٱقتسموا ولم يبينوا الطريقَ والمسيلَ، فإنْ قدرَ كلٌّ منهم أنْ يفتحَ لنفسه طريقًا ومسيلَ ماءٍ في ملكِهِ فعل، والقسمةُ ماضيةٌ لإمكانِ تمييزِ حق أحدهما عن الآخرِ، وإنْ لم يمكنْ إلَّا علىٰ نصيبِ شريكِهِ، فإنْ كان شرطا في القسمةِ أنَّ ما أصابَ كلَّ واحدٍ فهو له بحقوقه، فإنَّ الطريقَ والمسيلَ ترك بحاله؛ لأنَّه لا يمكنُ صرفُهُ إلَّا بضررٍ، فهو حقٌّ له في نصيبِ الآخرِ، وقد شرطَ له في القسمةِ الحقوقَ، فإن لم يكن شرط[1] ذلك فالقسمةُ باطلةٌ، ويستأنفُ علىٰ وجهٍ يمكنُ أنْ يجعلَ كلٌّ منهم لنفسِهِ طريقًا ومسيلًا في ملكِهِ؛ لأنَّه لما لم يشترطْ الحقوقَ لم يجزْ ٱستطراقُ هٰذا في نصيبِ شريكه، فهٰذِه القسمة لا ينتفعُ بها، فكانت غلطًا من القاسمِ، فوجبَ فسخُهَا واستئنافُهَا علىٰ وجهٍ صحيحٍ[2].

قال: (وذراع من سفلٍ لا علوَ له مقسومٌ بذارعين من علو لا سفلَ له ويسوي، وشرطَ القسمةِ بالقيمةِ وهو المذهبُ).

قال أبو حنيفة[3] رحمه الله: يجعلُ في القسمةِ ذراعان من علوَ لا سفلَ له بذراعٍ من سفلَ لا علوَ له.

---

(١) في (ب): (شرطا).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٤١٤، و«الهداية» ٤/ ٣٧٥-٣٧٦، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٨، و«البحر الرائق» ٨/ ١٧٤، و«اللباب» ٤/ ١٠٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٣١٢-٣١٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٤٣، و«الهداية» ٤/ ٣٧٦-٣٧٧، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٨، و«اللباب» ٤/ ١٠٢.

وقال أبو يوسف[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُجعلُ ذراعٌ بذراعٍ.

وقال محمد[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يقومان ويقتسمان بالقيمةِ وهٰذا هو المذهبُ، وما روي عنهما بناءً على ٱختلافِ القيمةِ في عصرِيْهِمَا فأفتيا علىٰ مقتضىٰ ذلك، والتنبيهُ علىٰ أنَّ القسمةَ بالقيمةِ هو المذهبُ من الزوائدِ.

قال: (وتقبلُ شهادةُ القاسمين باستيفاءِ بعضِ الورثةِ وردها).

شهادةُ القاسمين علىٰ بعضِ الورثةِ أنه قد ٱستوفىٰ نصيبَهُ بعد القسمةِ مقبولةٌ عند أبي حنيفة[٢] وأبي يوسف[٢] رحمهما الله.

وقال محمد[٢] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تقبلُ؛ لأنهما شهدا علىٰ إثباتِ فعلِهِمَا معنىٰ، فلا تقبلُ كمن علق عتقَ عبدِهِ بفعلِ رجلين فإنه لا يقبلُ شهادتهما به.

ولهما[٣]: أنهما شهدا علىٰ إثبات[٤] فعلِ غيرهما، وهو الٱستيفاءُ لا علىٰ فعلِ أنفسِهِمَا، وهو التمييزُ؛ لأنَّ فعلَهُمَا لا يصلحُ مشهودًا به؛ لكونِهِ غيرَ لازمٍ، وإنما يصيرُ لازمًا بالقبضِ والاستيفاءِ وذلك فعلُهُ فتقبلُ شهادتهما عليه. وقيل: إنْ قسما بأجرٍ لا تقبلُ شهادتُهما بالإجماعِ[٥]؛ لأنهما يدَّعيان إيفاءَ ما استؤجرا[٦] عليه من العملِ، فكان /١٦٣ب/

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣١٢-٣١٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٤٣، و«الهداية» ٤/ ٣٧٦-٣٧٧، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٨، و«اللباب» ٤/ ١٠٢.

(٢) «الهداية» ٤/ ٣٧٧-٣٧٨، و«البحر الرائق» ٨/ ١٧٦-١٧٧، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٩-٣٤٠، و«اللباب» ٤/ ١٠٣.

(٣) في (ج): (له).

(٤) من (ج).

(٥) «الهداية» ٤/ ٣٧٧-٣٧٨، و«الاختيار» ٢/ ٣٣٩-٣٤٠، و«البحر الرائق» ٨/ ١٧٦-١٧٧، و«اللباب» ٤/ ١٠٣.

(٦) في (ب): (استوجبوا).

الموجودُ منهما شهادةً في الصورةِ ودعوىٰ في المعنىٰ فلم تقبلْ، والأصحُّ من المذهبِ أنها تقبلُ لأنهما عدلان، ولهٰذا أطلقَ في الكتابِ لفظةَ القاسمين ولم يقيدهما بالأجرِ ولا بعدمه.

قال: (ولو ٱدَّعىٰ أحدُهُما غلطًا وأنَّ شيئًا مما أصابَهُ في يدِ الآخرِ بعدَ أنْ أشهدَ بالاستيفاءِ لم يصدَّقْ إلَّا ببينةٍ).

لأنه يريدُ فسخَ القسمةِ بعد وقوعِهَا وقيام البينة باستيفائه فلا يقبلُ قولُه إلَّا ببينةٍ، فإنْ لم يقمْ بينةً ٱستُحْلِفَ شركاؤه، فمن نكَلَ منهم عن اليمين[1] جمعَ بين نصيبِهِ ونصيبِ المدعي فيقسم بينهما علىٰ قدرِ نصيبهما؛ لأنَّه يكونُ له حجةً في حقه خاصةً فوجب أنْ يعاملا بزعمهما[2].

قال: (وإنْ قال: ٱستوفيتُ لٰكن أخذتُ بعضه كان القولُ لخصمِهِ).

إذا قال: ٱستوفيتُ حقِّي لكنك أخذتَ بعضَهُ فالقولُ قولُ الخصمِ مع يمينِهِ؛ لأنه يدَّعي عليه غصبًا، والخصمُ ينكرُ، والقولُ قولُ (المنكر)[3] مع يمينِهِ[4].

---

(١) في (ج): (المدعىٰ).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣١٥، و«المبسوط» ١٥/ ٦٤، و«اللباب» ٤/ ١٠٣، و«الهداية» ٤/ ٣٧٨،

(٣) من (ب) و(ج).

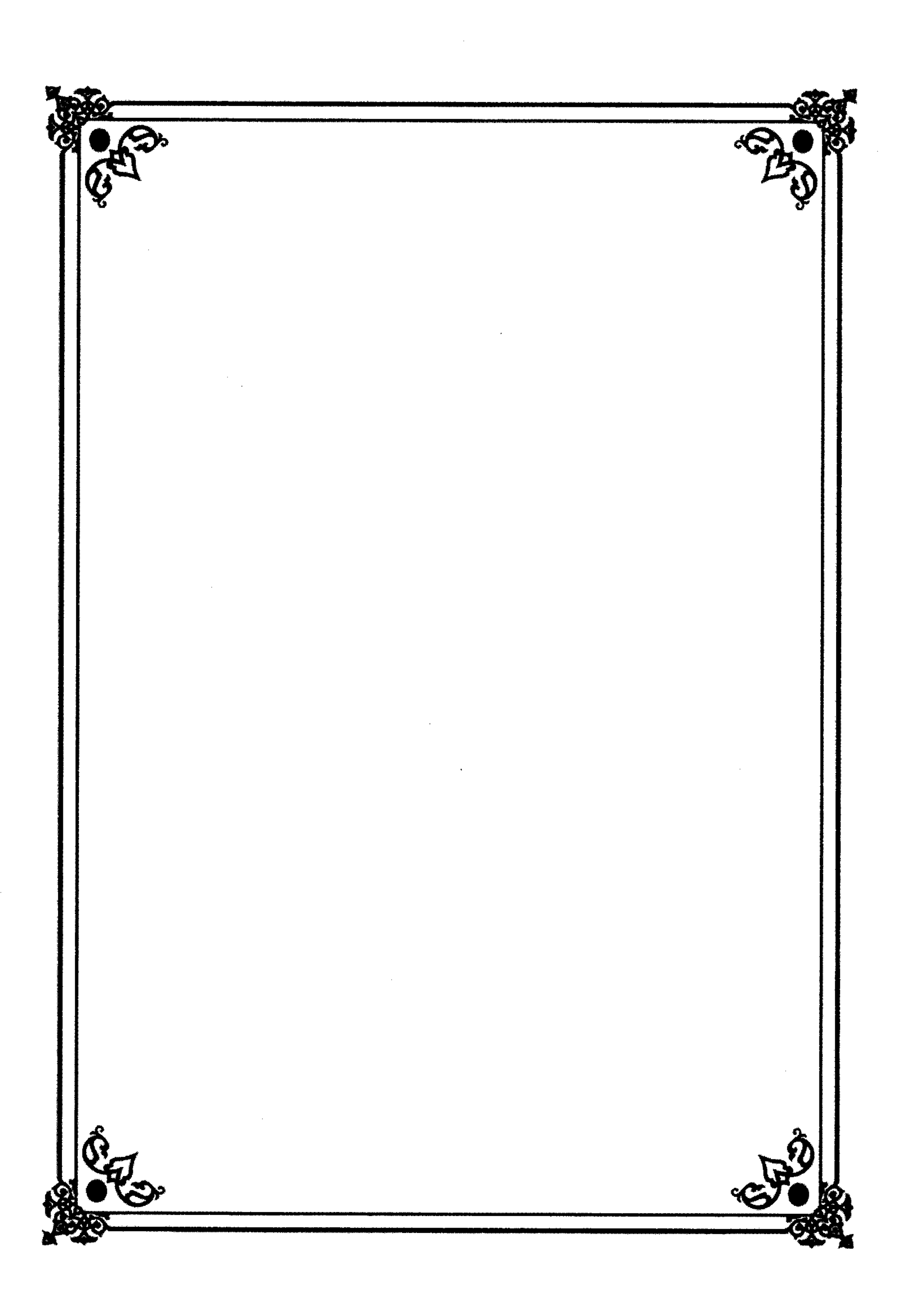
(٤) «فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٤٧، و«الهداية» ٤/ ٣٧٨، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٠، و«البحر الرائق» ٨/ ١٧٠، و«اللباب» ٤/ ١٠٥.

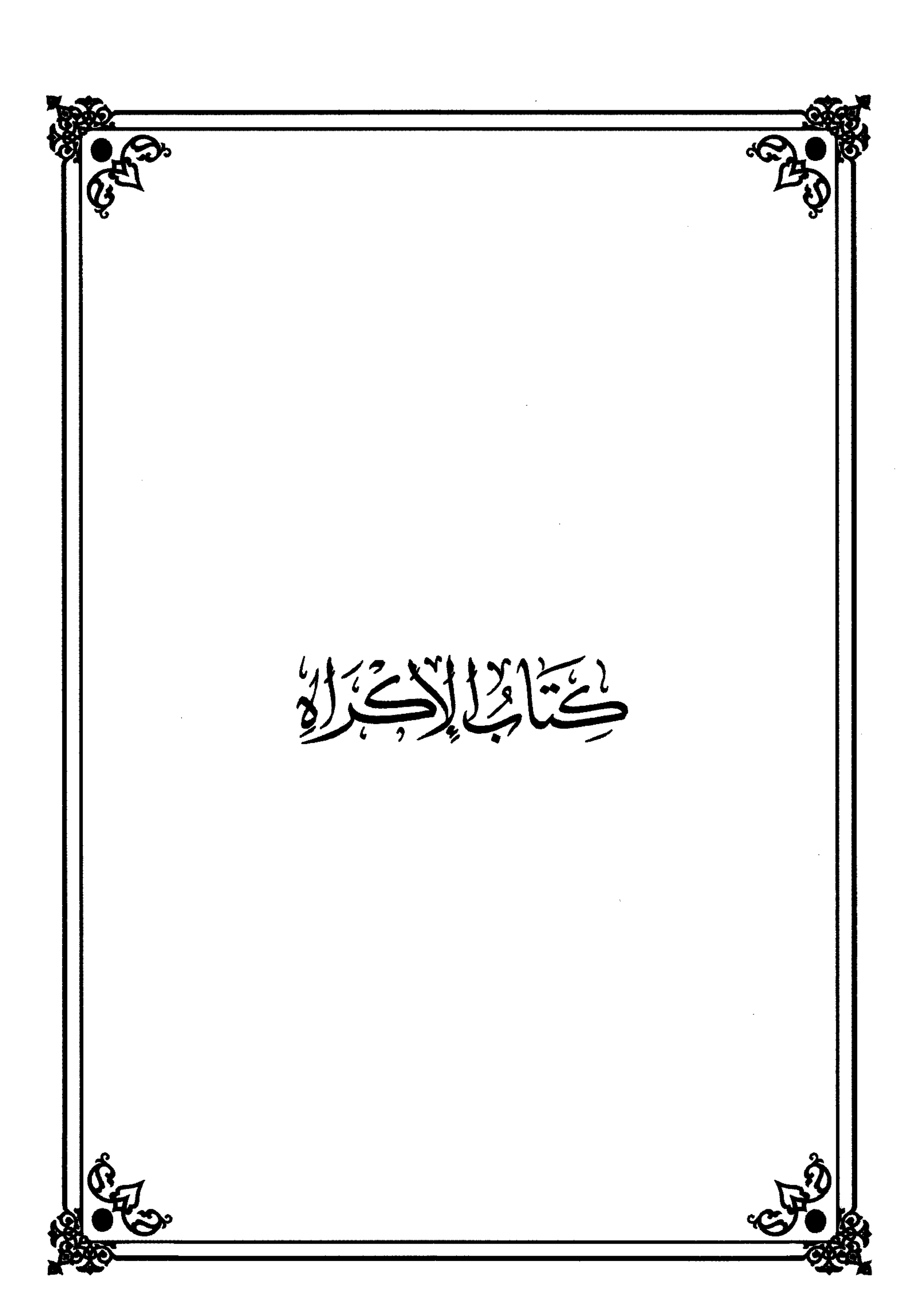
قال: (أو أصابني إلىٰ موضعِ كذا ولم يسلِّمْهُ إليَّ ولم يشهدْ بالاستيفاءِ وكذَّبهُ الآخرُ تحالفًا وفسخت).

لأنهما ٱختلفا في مقدارِ ما حصلَ له بالقسمةِ، فكان ذلك نظيرَ الٱختلافِ في مقدارِ المبيعِ، وقد مرَّ الكلامُ في ذلك في كتابِ الدعوىٰ[1].

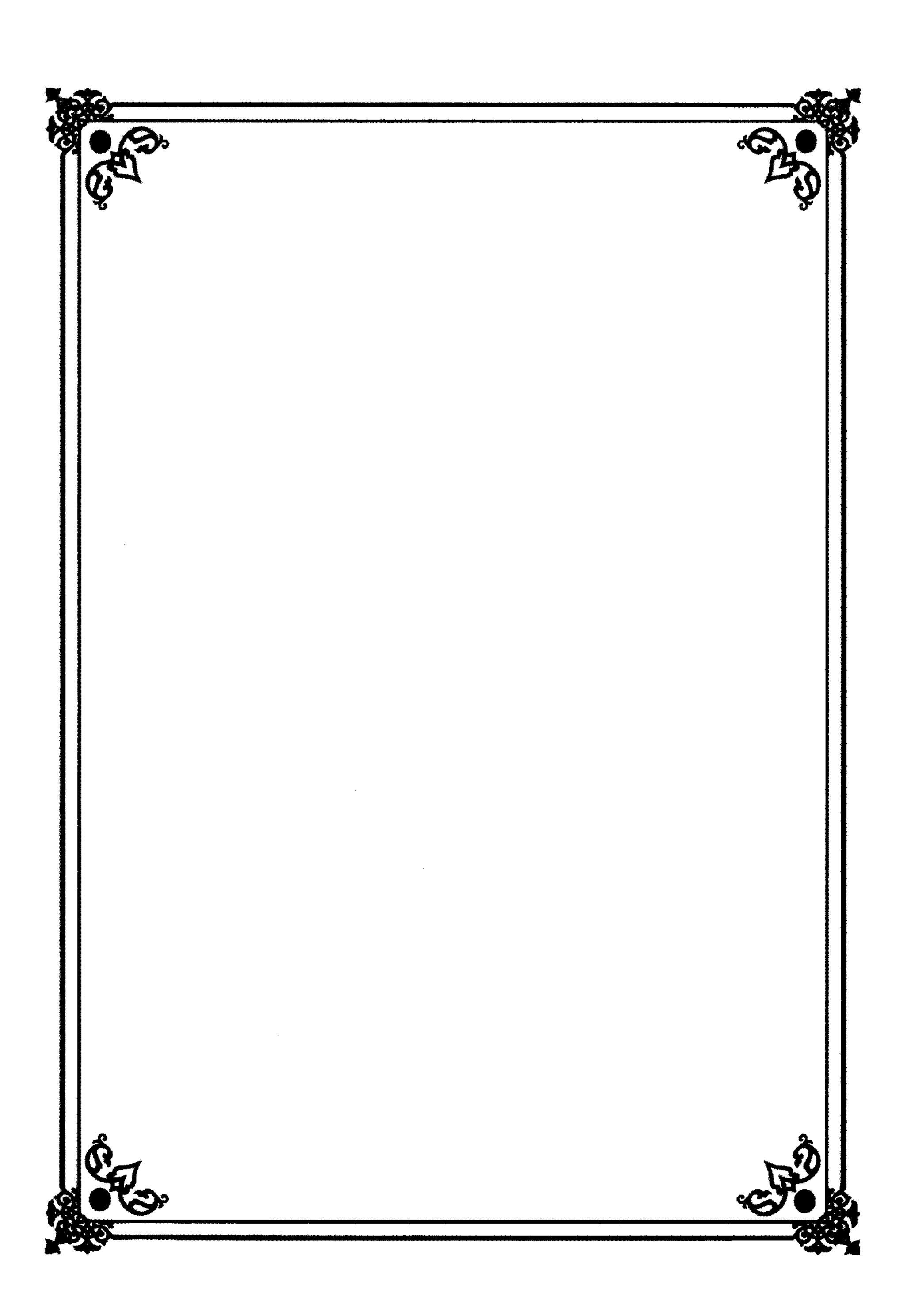
---

(١) «فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٤٧، و«المبسوط» ١٥/ ٦٦-٦٧، و«الهداية» ٤/ ٣٧٨-٣٧٩، و«الاختيار» ٢/ ٣٤٠، و«اللباب» ٤/ ١٠٥.





كِتَابُ الإِكْرَاهِ



كتاب الإكراه[١][٢]

قال: (ويثبتُ حكمُهُ إذا حصلَ من قادرٍ علىٰ إيقاعِ ما توعدَ به مطلقًا وخافَ المكره وقوعَهُ).

الإكراهُ يثبتُ حكمُه إذا حصلَ ممن يقدرُ علىٰ إيقاعِ ما توعدَ به سلطانًا كان أو غيرَهُ، وهٰذا معنى الإطلاقِ، وكما يشترطُ القدرةَ علىٰ إيقاعِ المكره لما توعدَ به. يشترطُ خوفَ المكْرَهِ وقوعَ ما تهددَ به بأنْ يغلبَ علىٰ ظنِّهِ أنَّ المكْرِهَ يفعله؛ ليصيرَ محمولًا على الفعلِ بواسطةِ الخوفِ[٣].

وهٰذا البابُ من الزوائدِ، وقد أطلقَ في الكتابِ أنَّ الإكراهَ يثبتُ حكمُهُ من القادرِ علىٰ ما توعدَ به، وهٰذا هو المذكورُ في «مختصر القدوري»[٤]، وفي «المنظومة»[٥] أنَّ الإكراهَ لا يثبتُ حكمُهُ عند أبي حنيفة[٦] رَحِمَهُ ٱللَّهُ إلَّا إذا صدرَ من السلطانِ وأطلقا ذلك. إلَّا أنَّ الصحيحَ أنَّ الٱختلافَ في ذلك، ٱختلافُ زمانٍ، فقد كانت القدرةُ والمنعة في زمنِ أبي حنيفة[٧] رَحِمَهُ ٱللَّهُ

---

(١) وجه المناسبة بين الكتابين ظاهرة، وهو وجود معنى الجبر في كل منهما «المستجمع شرح المجمع» ٧١٦.

(٢) الإكراه هو الإرغام والقهر وحمل إنسان علىٰ تصرف أو ٱمتناع عن تصرف بغير رضاه بغير حق.
«المصباح المنير» ص٣١٦، مادة كره، و«معجم الفقهاء» / ٦٦، مادة إكراه.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٤٠٥-٤٠٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٢٧، و«الهداية» ٤/ ٣٠٨، و«الاختيار» ٢/ ٣٧٢، و«اللباب» ٤/ ١٠٧.

(٤) «الكتاب» ٤/ ١٠٧-١٠٨.

(٥) «المنظومة» لوحة (٤٠).

(٦) «المبسوط» ٢٤/ ٤٢، و«اللباب» ٤/ ١٠٧-١٠٨.

(٧) «الاختيار» ٢/ ٣٧٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٨٠.

مخصوصةً بالسلطانِ ثم تغيرَّ ذلك في زمانِهمَا، والإكراهُ عبارةٌ عن فعلٍ يوقعه الإنسانُ بغيرِهِ ينتفي به رضاه أو يفسدُ به ٱختيارُهُ مع بقاءِ أهليتِهِ، وهٰذا لا ٱختصاصَ له بالسلطانِ أو غيرِهِ.

قال: (وإذا أُكرهَ علىٰ بيعٍ أو شراءٍ أو إجارةٍ أو إقرارٍ بقتل أو ضربٍ شديدٍ أو حبسٍ ففعل خُيرِّ بين إمضائه وفسخه).

إذا أُكره الرجلُ بقتلٍ، أو ضربٍ شديدٍ، أو حبسٍ علىٰ أن يبيعَ دارَهُ، أو يشتري سلعة، أو يقر لزيدٍ بألفٍ، أو يؤجرَ دارَهُ ففعل كان مخيرًا[1] أن يمضي البيعَ والشراءَ والإجارةَ وبين أن يفسخَ العقدَ ويستردَّ المبيعَ والمستأجرَ ويردَّ المشترىٰ.

وقوله: (بضربٍ شديدٍ) يشيرُ به إلىٰ أنَّه إذا أُكرِهَ بضربِ سوطٍ أو حبسِ يومٍ أو قيدِ يومٍ لم يكن مجبرًا؛ لأنَّ ذلك لا يبالىٰ به من حيث العادةِ، فلا يتحقق الإكراهُ إلَّا إذا كان الرجلُ ذا منصبٍ يعلمُ أنَّه يستضرُّ بذلك فيتحقق الإكراهُ[2] لفوات الرضا. والعلةُ في إثباتِ الخيارِ أنَّ صحةَ هٰذِه العقودِ بعهدِ التراضي قال الله تعالىٰ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] والإكراهُ بهٰذِه الأشياءِ بعدمِ الرضا فيفوتُ شرطُ صحةِ العقدِ فيفسدُ. وأمَّا الإقرارُ فكذلك لأنَّه حجةٌ مرجحةٌ لجانبِ الصدقِ على الكذبِ، فإذا أُكرهَ ٱحتملَ أنَّه يكذبُ في إقرارِهِ؛ دفعًا لضررِ الإكراهِ عنه[3] فلا يثبتُ[4].

---

(١) غير واضحة بالأصل والمثبت من (ب) و(ج).

(٢) في (ب): (الرضا). (٣) من (ب).

(٤) «الهداية» ٤/ ٣٠-٣٠٩، و«الاختيار» ٢/ ٣٧٢-٣٧٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٨٠، و«اللباب» ٤/ ١٠٨.

قال: (وإن قبضَ الثمن أو سلَّمَ المبيعَ لا الهبةَ طوعًا كان إمضاءً).

لأنَّ القبضَ طواعيةً دلالةٌ على الإجارةِ كما في البيعِ الموقوفِ، وكذلك تسليمُ المبيع دلالةُ الإجازةِ، إذا كان الإكراهُ علىٰ نفسِ المبيعِ لا علىٰ تسليمِ المبيع فظاهرٌ أنَّه لا يكون دليلَ الرضا مع الإكراهِ عليه علىٰ أنَّه قد سبقَ أن الإكراهَ علىٰ البيع[١] وأما الهبةُ فإنَّ الإكراهَ إذا وقعَ علىٰ نفسِ الهبةِ فوهبَ وسلَّمَ طوعًا لم يكن التسليمُ دلالةَ الرضا؛ لأنَّ غرضَ المكرهِ إنما هو ٱستحقاقُ الموهوبِ[٢] له لا مجرد لفظِ الهبةِ، والاستحقاقُ لا يثبتُ في الهبةِ بدون التسليمِ، وكان التسليمُ في الهبةِ داخلًا في الإكراهِ، والاستحقاقُ في البيعِ ثبتَ بنفسِ العقدِ، فلم يكن التسليمُ فيه داخلًا في الإكراهِ فافترقا.

والمسألتانِ زائدتانِ[٣].

قال: (فإن قبضَهُ مكرهًا ردَّهُ إن كان قائمًا).

لفسادِ العقدِ[٤].

---

(١) ساقط من الأصل والمثبت من (ب): (وفي (ج): (المبيع).

(٢) في (ج): (الموصوف).

(٣) «المبسوط» ٢٤/٩٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/١٢٨، و«الهداية» ٤/٣٠٩، و«اللباب» ٤/١٠٨-١٠٩.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٨، و«الهداية» ٤/١٠٩، و«المبسوط» ٢٤/٩٤، و«اللباب» ٤/١٠٩،

قال: (وإن هلكَ المبيعُ في يدِ مشترٍ غيرِ مُكرهٍ ضمنَ قيمتَهُ).

إذا كان البائعُ مكرهًا على البيعِ والمشتري غيرُ مكرهٍ فهلك المبيعُ في يدِ المشتري ضمنَ قيمتَهُ؛ لأنَّه مضمونٌ عليه بحكمِ عقدٍ فاسدٍ[1].

قال: (ويضمِّنُ المكرَهُ المكرِهَ إن شاء).

لأنَّ المُكرَهَ ينزل منزلة الآلةِ للمُكرِهِ في إتلافِ ما أُكرِه عليه فكأنه دفعَ مالَ البائعِ إلى المشتري فيتخيَّرُ في تضمينِ من شاءَ كالغاصبِ وغاصبِ الغاصبِ وإذا ضمنَ المُكرِهُ /١٦٤أ/ رجعَ على المشتري بالقيمةِ؛ لقيامهِ مقامَ البائعِ، وإن ضمنَ المشتري وقد عُقِدَ على المبيعِ عقودٌ، فكلُّ عقدٍ عُقِدَ بعدَ الضمانِ فهو نافذٌ؛ لأنَّ المشتري ملكَ المبيعَ بالضمانِ فكان بائعًا ملكَ نفسِهِ فصحتِ العقودُ الموجودةُ بعدَهُ، أمَّا العقودُ الموجودةُ قبلَ الضمانِ فلا نفاذ لها؛ لأنَّها مستندةٌ إلىٰ وقتِ القبضِ ولم يكن مالكًا، ولو أجازَ المالكُ المكره عقدًا من هٰذِه العقودِ نفذت العقودُ التي قبلَ الإجازةِ والتي بعدها، والفرقُ أنَّ عدَم النفاذِ لحقه، وقد أسقط[2] حقَّهُ بواسطةِ الإجازةِ فعادَ الكلُّ إلى الجوازِ، والنفاذُ في الصورةِ الأولىٰ موقوفٌ على الملكِ فينفذُ من حين وجودِهِ حكمًا وهو بأداء الضمانِ[3].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٨-٣٠٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٣٠، و«الاختيار» ٢/ ٣٧٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٨٢، و«اللباب» ٤/ ١٠٩.

(٢) في (ب): (شرط).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٤٠٩، و«الهداية» ٤/ ٤٠٩-٤١٠، و«الاختيار» ٢/ ٣٧٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٨٢، و«اللباب» ٤/ ١٠٩.

قال: (وإذا أُكرِهَ علىٰ شربِ خمر أو أكلِ خنزيرٍ بضربٍ أو حبسٍ أو قيدٍ، لم يحلّ حتىٰ يخافَ علىٰ نفسِهِ أو عضوِهِ فيُقدِمُ، وإن صبرَ حتىٰ حقَّقَ الوعيدَ، وهو يعلمُ الإباحةَ أثمَ).

وهٰذا لأنَّ حرمةَ هٰذِه الأشياءِ -أعني: الخنزير والخمرَ والدمَ- أيضًا ثابتة بالنصِّ ولا تباحُ إلَّا عندَ قيامِ الضرورةِ إلَّا بأنْ يخافَ علىٰ نفسِهِ التلفَ أو علىٰ عضوٍ من أعضائِه، فإنْ خافَ علىٰ نفسِهِ أو علىٰ عضوِهِ بالضربِ أو بالقيدِ، وغلبَ علىٰ ظنِّهِ ذلك أبيحَ له الإقدامُ عليه، (ولا يصحُّ له)[1] أن يصبرَ علىٰ ما توعَّدَ به، وإن صبرَ علىٰ ذلك ولم يأكلْ ولم يشربْ حتىٰ أوقعوا به ذلك أثِمَ؛ لأنَّه لما تحققتِ الضرورةُ صارت تلك الأشياءُ مباحةً له، فبالامتناعِ عن المباحِ صار معينًا لغيرِهِ علىٰ إتلافِ نفسِهِ فيأثَمُ كما في حالةِ المخمصة. وعن أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أنه لا يأثمُ؛ لقيامِ المحرَّمِ، فكان الإقدامُ رخصةً وقد تمسَّكَ بالعزيمةِ. والجوابُ أنَّ حالةَ الضرورةِ مستثناةٌ بالنصِّ والاستثناء تكلم[2] بالباقي بعد الاستثناءِ[3] فكان ذلكَ إباحةً لا رخصةً وإنما زادَ في المتنِ قوله (وهو عالم بالإباحةِ) لأنَّ الإثم متعلقٌ بذلك؛ لأنَّه موضعُ خفاءٍ فيعذرُ بالجهلِ فيه كالجهل بالخطاب في أولِ الإسلامِ أو في دارِ الحربِ[4].

---

(١) في (ب): (ولا يسعه).

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) في (ب): (الثنيا).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٤٠٦، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٢٩، و«المبسوط» ٢٤/ ٤٧-٤٨، و«اللباب» ٤/ ١١٠.

قال: (أو على الكفرِ أو سبِّ النبيِّ ﷺ بما يخافُ منه علىٰ نفسِهِ أو عضوه أقدَمَ مطمئنًا قلبُهُ بالإيمانِ ولا إثمَ، وإن صبرَ أجِرَ).

إذا أُكرِهَ علىٰ[1] أنْ يكفرَ بالله تعالىٰ، أو علىٰ سبِّ النبيِّ عليه السلام بضربٍ أو حبسٍ أو قيدٍ[2] لم يكن ذلك إكراهًا حتىٰ يكرهَ بما يخافُ علىٰ نفسِهِ الهلاكَ أو علىٰ عضوٍ من أعضائه؛ لأنَّا لم نعتبرْ ذلك في حقِّ تناولِ الخنزيرِ وشربِ الخمرِ، فلأنْ لا يعتبرُ في الإكراهِ على الكفرِ -وحرمتُهُ أغلظُ- أولىٰ، فإذا خاف ذلكَ وسعَهُ أنْ يظهرَ بلسانِهِ ما أُكرهَ عليه وقلبُهُ مطمئنٌ بالإيمانِ ولا إثمَ عليه إن فعلَ ذلك؛ لحديثِ عمَّارِ بن ياسر رضي الله عنه حين ٱبتليَ بذلك فقال له النبيُّ ﷺ: «**كيفَ وجدتَ قلبكَ؟**» قال: مطمئنًا بالإيمانِ، قال: «**فإن عادوا فعد**»[3] وفيه نزلتْ: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦].

ولأنَّ الإيمانَ حقيقةً هو التصديقُ بالقلبِ وبإظهارِ الكفرِ لا يفوتُ ما هو الركنُ الأصليُّ وهو التصديقُ القلبيُّ، وفي الصبرِ حتىٰ تحقَّقَ الوعيدُ فواتُ النفسِ أصلًا، فيسعُهُ أن يرجِّحَ جانبَ البقاءِ مع بقاءِ الإيمانِ، وإن صبرَ حتَّىٰ حقَّقَ الوعيدَ ولم يقدِمْ علىٰ إظهارِ الكفرِ كان مأجورًا عند الله تعالىٰ؛ لحديث خبيب رضي الله عنه لمَّا صبرَ علىٰ ذلك ولم يقدمْ عليه حتَّىٰ صُلبَ سمَّاه رسولُ الله ﷺ سيدَ الشهداءِ، وقال ﷺ في

---

(١) من (ب).

(٢) في (ج): قتل.

(٣) رواه الحاكم في «المستدرك» ٢/ ٣٥٦ وقال: صحيح علىٰ شرط الشيخين. ورواه أيضًا أبو نعيم في «الحلية» ١/ ١٤٠، وهو مرسل.

مثله: «هو رفيقي في الجنةِ»[١][٢].

والفرقُ بين هٰذا وبين ما قبلَهُ أنَّ الحرمةَ في الخنزيرِ والخمرِ مستثناةٌ حالةَ المخمصةِ والضرورةِ فتثبتث الإباحةُ بالاستبقاءِ[٣]، والصبرُ علىٰ ترك فعلٍ مباحٍ إلىٰ حين الهلاكِ إثمٌ، وحرمةُ الكفرِ وسبِّ النبيِّ ﷺ لا يباحُ بحالٍ، فكانت الحرمةُ قائمةً وقتَ الإكراهِ، فكان الصبرُ أخذا بالعزيمةِ، فيؤجرُ الصابرُ الآخذ بالعزيمةِ[٤].

قال: (أو علىٰ إتلافِ مالِ مسلمٍ بما ذكر أقدَمَ).

لأنَّ مالَ الغيرِ مباحٌ عند الضرورةِ المبيحةِ، كما في حالة المخمصةِ، فإذا أكره علىٰ ذلك بما يخاف منه علىٰ نفسِهِ أو علىٰ عضوٍ من أعضائِه تحققت الضرورةُ المبيحةُ، فوسعهُ الإقدامُ[٥].

قال: (ويضمِّنُ المالكُ المُكرَهَ).

لصاحبِ المالِ أنْ يضمِّن المُكرَهَ؛ لأنَّ المُكرَهَ ينزلُ منزلةَ الآلةِ من المُكرِهِ مما يصلحُ آلةً له، والإتلافُ بما يصلحُ آلةً فيه فيضمنُ المُكرَهُ[١].

---

(١) «المبسوط» ٢٤/ ٤٣-٤٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٣٠-١٣١، و«الهداية» ٤/ ٣١٠-٣١١، و«اللباب» ٤/ ١١٠-١١١.

(٢) أخرجه أبو داود والنسائي عن عمر بن جارية الثقفىٰ عن أبي هريرة.
قال صاحب «نصب الراية»: حديث غريب. والمعروف في قوله ﷺ: «سيد الشهداء»: أنه في حمزة. رواه الحاكم في المستدرك. «نصب الراية» ٤/ ١٦٠.

(٣) من (ب).

(٤) «المبسوط» ٢٤/ ٤٨، و«الهداية» ٤/ ٣١٠، و«الاختيار» ٢/ ٣٧٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٨٢.

(٥) «المبسوط» ٢٤/ ٥٩، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٣١، و«الهداية» ٤/ ٣١١، و«اللباب» ٤/ ١١١.

قال: (أو علىٰ قتلِهِ بقتلٍ لم يقدمْ (علىٰ ذلك)[١]، فإنْ فعلَ أثِمَ).

إذا أكرهَهُ بالقتلِ علىٰ قتلِ مسلمٍ لم يسعْهُ أن يقدمَ علىٰ ذلك، لأنَّ قتلَ المسلمِ حرامٌ لا يباحُ لضرورةٍ ما، فكذا في الإكراهِ[٢].

قال: (ولا يوجبُ عليهما قصاصًا فيوجبه على المُكرِهِ إنْ كان عمدًا لا عليهما).

قال أبو حنيفة[٣] ومحمد[٣] رحمهما الله: إذا أكرَهَ زيدٌ عمرًا علىٰ قتلِ خالدٍ فقتلَهُ يجبُ القصاصُ علىٰ زيدٍ.

وقال أبو يوسف[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يجبُ عليه ولا علىٰ عمرو. قال الشافعي[٤] رَحِمَهُ ٱللَّهُ يجبُ عليهما.

له: أنَّ عمرًا قاتلٌ بالمباشرةِ وزيدًا قاتلُ باعتبارِ التسبيبِ[٥] وهو حملُهُ عليه، وللتسبيبِ في هٰذا حكمُ المباشرةِ عنده، كما في شهودِ القصاصِ.

ولأبي يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّ القتلَ مقصورٌ علىٰ عمرو نظرًا إلى التأثيمِ ويضافُ إلىٰ زيدٍ نظرًا إلى الحملِ عليه فتمكنتِ الشبهةُ في كلٍّ منهما

---

(١) من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٤٠٩-٤١٠، و«المبسوط» ٢٤/ ٤٦، و«الاختيار» ٢/ ٣٧٥-٣٧٦، و«اللباب» ٤/ ١١١.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٤٠٩-٤١٠، و«الهداية» ٤/ ٣١١، و«البحر الرائق» ٨/ ٨٤-٨٥، و«إيثار الإنصاف» ص٧٥٨-٧٥٩، و«اللباب» ٤/ ١١٢.

(٤) «المهذب» ٢/ ١٧٨، و«التنبيه» ص٢١٤، و«الوجيز» ٢/ ١٣٢، و«روضة الطالبين» ٧/ ١٠.

(٥) في (ب): (السببية).

فسقطَ القصاصُ /١٦٤ب/ فوجبتِ الديةُ ولا تتحملها العاقلةُ؛ لأنَّه عمدٌ قال ﷺ: « **لا تعقلُ العاقلةُ عمدًا ولا اعترافًا** »[(١)].

ولهما: أنَّ عمرًا ينزلُ منزلةَ الآلةِ لزيدٍ مما يصلحُ آلةً له فيه، فإنَّه محمولٌ على القتلِ لمحبَّتِهِ لحياةِ نفسِهِ، وهو في القتلِ صالحٌ لكونه آلةً له، كما لو ألقاهُ عليه فقتلَهُ، ولا يصلحُ آلةً له في الحياةِ[(٢)] على الدينِ، فبقي الفعلُ مقصورًا[(٣)] عليه في حقِّ الإثمِ، كما قلنا في إكراهِ المجوسيِّ علىٰ ذبحِ شاةِ الغيرِ ينتقلُ الفعلُ إلى المكرِهِ في الإتلافِ دون الذكاةِ حتىٰ يحرمَ[(٤)].

قال: (أو علىٰ قطعِ يدِهِ ففعلَ ثم قطعَ رجلَهُ طوعًا فماتَ يوجبُ الديةَ في ماليهما وأوجبَ القصاصَ عليهما).

رجل أكرَهَ رجلًا بما تقدم علىٰ أنْ يقطَعَ يدَ إنسانٍ فقطعَ يدَه ثم قطعَ رجلَهُ غيرَ مكرَهٍ، فمات المقطوعُ من ذلك.

---

(١) قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» ٤/ ٣١-٣٢: قال الرافعي: هٰذا الحديث تكلموا في ثبوته.
قال ابن الصباغ: لم يثبت متصلًا: وإنما هو موقوف على ابن عباس. وفيه نظر فقد روى الدارقطني ٣/ ١٧٨ من حديث عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال: « **لا تجعلوا على العاقلة من دية المعترف شيئًا** » وإسناده واه فيه محمد بن سعيد المصلوب وهو كذاب وفيه الحارث بن نبهان وهو منكر الحديث.
وله شواهد لا تخلو من نظر.

(٢) في (ب) و(ج): (الجناية).

(٣) في (ب): (متصورًا).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٤٠٩-٤١٠، و«الهداية» ٤/ ٣١١، و«البحر الرائق» ٨/ ٨٤-٨٥، و«إيثار الإنصاف» ص٧٥٨-٧٥٩، و«اللباب» ٤/ ١١٢.

قال أبو حنيفة[١] ومحمد[] رحمهما الله: يجبُ القصاصُ على القاطعِ والمُكْرِهِ.

وقال أبو يوسف[١] رَحِمَهُ اللهُ: تجبُ الديةُ في ماليهما وهٰذا الخلافُ بناءً علىٰ ما تقدَّمَ.

قال: (ولو قال: ٱقتلني ففعلَ ٱقتصَّ منه في روايةٍ ومنعناه في أخرىٰ وتجبُ في مالِهِ الديةُ في أخرىٰ).

رجلٌ قال لآخر: ٱقتلني فقتلَهُ فيه ثلاثُ رواياتٍ عن أصحابنا:

الأولىٰ: وجوبُ القصاصِ وهي من الزوائدِ، وهو قولُ زفر[٢] رَحِمَهُ اللهُ.

والثانية: منعُ القصاص والديةِ جميعًا خلافًا له[٢].

والثالثة: وجوبُ الديةِ في مالِ القاتلِ وجهُ الأولىٰ أنَّ الإذنَ في القتلِ ما تصادف محلَّهُ فإنَّ الإباحةَ لا تجري في الدماءِ، فصار قتلًا بغيرِ إذنٍ وموجبُهُ القصاصُ، ووجهُ الثانية: إلحاقُ النفسِ بالمالِ باعتبارِ أنَّ كلًّا منهما حقُّهُ، فإذا أتلفَهَ بإذنِهِ فقد أتلفَ ما هو حقُّهُ عن إذنِهِ فكان هدرًا كالمالِ، ووجهُ الثالثةِ: الفرقُ بين النفسِ والمالِ من جهةِ جريانِ الإباحةِ في المالِ دون النفسِ، ولما كان الإتلافُ مضافًا إلىٰ صورةِ الإذنِ[٣] أوجبَ ذلك شبهةً مانعةً عن القصاصِ فوجبت الديةُ في مالِهِ؛ لكونه عمدًا والعاقلةُ لا تتحملُ العمدُ[٤].

---

(١) «المبسوط» ٢٤/ ١٣٢، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ١٣٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٨٨.

(٢) «المبسوط» ٢٤/ ٩١-٩٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٨٨.

(٣) في (ب): (الأول).

(٤) «المبسوط» ٢٤/ ٩١-٩٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٨٨.

قال: (أو تردَّ من الجبلِ وإلا قتلتُكَ ففعلَ، فالديةُ علىٰ عاقلةِ المُكرِهِ ويجعلُها في مالِهِ وأوجبَ القصاصَ).

رجل أكرَهَ رجلًا علىٰ أن يتردىٰ من جبل ففعلَ (فالديةُ)[1] علىٰ عاقلةِ من أكرهَهُ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2].

وقال أبو يوسف[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تجبُ الديةُ في مالِهِ.

وقال محمد[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يجبُ القصاصُ وأصلُ هٰذا الخلافِ القتلُ بالمثقلِ وهٰذا في معنى القتلِ بالمثقلِ، والحكمُ في القتلِ بالمثقلِ عند أبي حنيفة[3] رَحِمَهُ ٱللَّهُ وجوبُ الديةِ على العاقلةِ فكذا هٰهنا، وعند محمد[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ وجوبُ القصاصِ فيه فكذا هٰهنا.

وعند أبي يوسفَ[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّ الحاصلَ بطريقِ الإكراهِ لا يوجبُ القصاصَ، فكان موجبَهُ الديةُ عليه.

قال: (ولو أكرِهَ بقتلٍ علىٰ تردٍّ أو ٱقتحامِ نارٍ أو ماءٍ وكلِّ مهلك، فله الخيارُ في الإقدامِ والصبرِ وأمراهُ بالصبرِ، ولو وقعتْ نارٌ في سفينةٍ إن صبرَ ٱحترقَ وإن ألقىٰ نفسَهُ غرقَ فإليه الخيارُ وأمرهُ بالثباتِ).

قال أبو حنيفة[4] رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: إذا أكرِهِ الإنسانُ بالسيفِ علىٰ إهلاكِ نفسِهِ بتردٍّ

---

(١) في (ب) و(ج): (وجبت الدية).

(٢) «المبسوط» ٢٤/ ٦٧-٦٨، و«الاختيار» ٥/ ٤٨٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٨٨.

(٣) «السير الكبير» ٤/ ٢٤٨-٢٤٩، و«مختصر الطحاوي» ص٢٩٣، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٤٦-٤٤٧، و«المبسوط» ٢٤/ ٦٧-٦٨، ٧٦-٧٧، و«البحر الرائق» ٨/ ٨٨.

(٤) «السير الكبير» ٤/ ٢٤٨.

من جبلٍ أو دخولِ نارٍ أو بحرٍ فإليه الخيارُ، إن شاءَ فعلَ ذلك، وإن شاءَ صبرَ حتىٰ يقتلَ.

وقالا[١]: يصبرُ ولا يفعلُ. وأصلُ هٰذِه المسألةِ ما ذكرَ في «السير الكبير» إذا وقعتْ نارٌ في سفينةٍ وعلمَ من فيها أنَّهم إن صبروا أهلكتْهم النارُ وإن ألقوا أنفسَهُم في البحرِ غرقوا تخيرَّوا عن أبي حنيفة[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ بين أنْ يصبروا وبين أنْ يلقوا أنفَسَهم.

وقال محمد[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (يصبرُ ولا يلقي نفسَهُ)[٢].

وعن أبي يوسفَ[١] روايتان، ولما بين المسألتين من العلاقةِ قرنتُها بها. لهما أنَّه في مباشرةِ هٰذا الفعلِ سعىٰ في إهلاكِ نفسِهِ فوجبَ الصبرُ تحاميًا عن ذلك. وله أنَّه قد ٱبتلي ببليتينِ متساويتينِ في الإفضاءِ إلى الهلاكِ فيكون له ٱختيارُ ما هو الأهونُ عنده، وإن كانت المباشرةُ سعيًا في الإهلاكِ فالصبرُ سعيٌ في الإهلاكِ فاستويا، ثم إذا ألقىٰ نفسَهُ في النارِ يجب القصاصُ عند أبي حنيفةَ علىٰ مَنْ أكرهَهُ لموضعِ الإكراهِ والاضطرارِ إلى الإلقاءِ، فكان مضافًا إليه. وعندهما: لا قصاصَ؛ لأنه مختارٌ في إلقاءِ نفسهِ[١].

قال: (أو علىٰ طلاقٍ أو عتاقٍ وقعَ ورجعَ بقيمةِ العبدِ على المكرِهِ وبنصفِ المهرِ إن كان قبلَ الدخولِ).

إذا أكرهَ الرجلُ علىٰ طلاقِ ٱمرأتِه أو عتقِ عبدِهِ وقعَ، وقد مرَّ ذلك في الطلاقِ، ويرجعُ المولىٰ علىٰ من أكرهَهُ بقيمةِ العبدِ؛ لأنَّه صالحٌ أن يكون

---

(١) «السير الكبير» ٤/ ٢٤٨-٢٤٩، و«مختصر الطحاوي» ص٢٩٣، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٤٦-٤٤٧، و«المبسوط» ٢٤/ ٦٧-٦٨، ٧٦-٧٧، و«البحر الرائق» ٨/ ٨٨.

(٢) في (ج): (يصبروا ولا يلقوا أنفسهم).

آلةً له من حيث إتلافِ الماليةِ فأضيفَ الإتلافُ إلى المكرِهِ، فوجبَ ضمانُه عليه مطلقًا سواء كان موسرًا أو معسرًا ولا سعايةَ على العبدِ؛ لأنَّ السعايةَ إنما تجبُ حيث تحتبسُ ماليةُ العبدِ عنده فتجبُ تخريجًا له إلى الحريةِ أو لتعلقِ حقِّ الغيرِ به، ولم يوجدْ هٰهنا واحدٌ منهما، وإذا ضمنَ المكرِه لا يرجعُ على العبدِ بما ضمنه؛ لأنَّه هو المؤاخذُ بإتلافِهِ فامتنعَ الرجوعُ وفي المرأة يرجعُ بنصفِ المهرِ إن كان الطلاقُ قبلَ الدخولِ، وهٰذا فيما إذا كان في العقد مهرٌ مسمىٰ، فأمَّا إذا لم يكن فيه مهرٌ مسمىٰ رجعَ على المكرِهِ بما لزمَهُ من المتعةِ؛ وهٰذا لأن (فاعليه كان)[1] علىٰ شرفِ المنقوطِ بأن جاءتِ الفرقةُ من قبلِ المرأةِ فتأكدَ /١٦٥أ/ الوجوبُ بالطلاقِ، فكان ذلك إتلافًا للمالِ من ذلك الوجهِ فأضيفَ إلى المكرِهِ من حيث إنَّه إتلافٌ، وإنما قيدَ بما قبلَ الدخولِ؛ لأنَّه إذا دخلَ بها تقرَّرَ المهرُ بالدخولِ لا بالطلاقِ فلم يكن الطلاقُ بعد الدخولِ مقررًا شيئًا فلم يجب الرجوعُ به[2].

قال: (أو علىٰ إعتاقِ نصفِهِ فأعتقَ كلَّهُ فهو مختارٌ أو علىٰ كلِّه فأعتقَ نصفَهُ فالمكرِهُ ضامنٌ لنصفِهِ وقالا: لكلِّه).

رجلٌ أكره رجلًا علىٰ إعتاقِ نصفِ عبدٍ فأعتقَ كلَّه قال أبو حنيفةَ: هو مختارٌ فيما فعلَ غيرُ مكرهٍ عليه.

وقالا: هو مكرهٌ وإن أكرهَهُ علىٰ إعتاقِ كلِّه فأعتقَ نصفَهُ.

---

(١) من (ج).

(٢) «المبسوط» ٢٤/ ٦٢-٦٣، و«الهداية» ٤/ ٣١١-٣١٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٧٣-٣٧٤، و«البحر الرائق» ٨/ ٨٨، و«اللباب» ٤/ ١١٢-١١٣.

قال أبو حنيفة[١]: يضمنُ الذي أكرهَهُ نصفَ العبدِ

وقالا[١]: يضمن[٢] كلَّه وهاتانِ المسألتانِ من فروعِ تجزئِ الإعتاقِ، وقد مرَّ الكلامُ فيه.

قال: (أو على الردةِ لم تبنْ ٱمرأتُهُ منه).

إذا أكرِهَ الرجلُ على الردةِ -والعياذُ بالله- لم تبنْ ٱمرأتُهُ منه لأنَّ الردةَ تتعلقُ بالاعتقادِ ولهٰذا فإنَّه لو كان قلبُهُ مطمئنًا بالإيمانِ لم يكفرْ لكنَّ ٱحتمالَ ٱشتمالِهِ على الردةِ حقيقةً قائم فوقعَ الشكُّ في حصولِ الردةِ حقيقةً فلا تثبتُ البينونةُ بالشكِّ، والنكاحُ ثابتٌ بيقينٍ فلا يرتفعُ به، وهٰذا بخلاف ما لو أكرِهَ على الإسلامِ حيث يصيرُ مسلمًا؛ لأنَّ الإسلامَ مرجَّح مع قيامِ الاحتمالِ؛ لأنَّه يعلو ولا يعلىٰ.

وهٰذا بيانُ الحكم، فأمَّا فيما بينه وبين الله تعالىٰ إذا لم يعتقدِ الإسلامَ فليس بمسلمٍ، ولو أُكرِهَ على الإسلامِ فليسَ بمسلم، ولو أُكرَه على الإسلام وحكمَ به ثم رجعَ لم يقتلْ؛ لأنَّ الشبهةَ قائمةٌ وهي دارئةٌ للحدِّ (والله أعلم)[٣][٤].

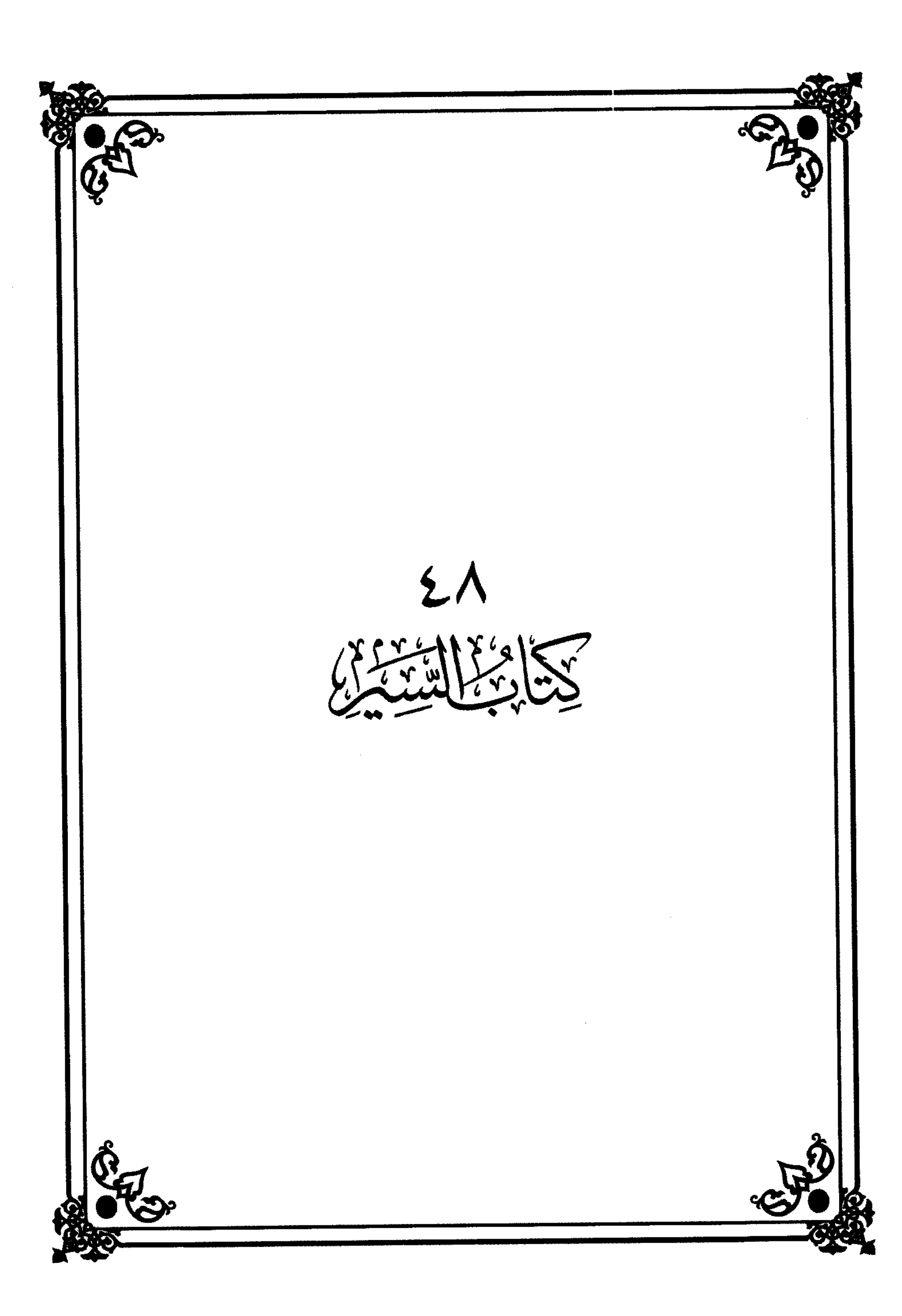
---

(١) «المبسوط» ٢٤/ ٦٢-٦٣، و«الهداية» ٤/ ٣١١-٣١٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٨٨، و«اللباب» ٤/ ١١٢-١١٣.

(٢) من (ج).

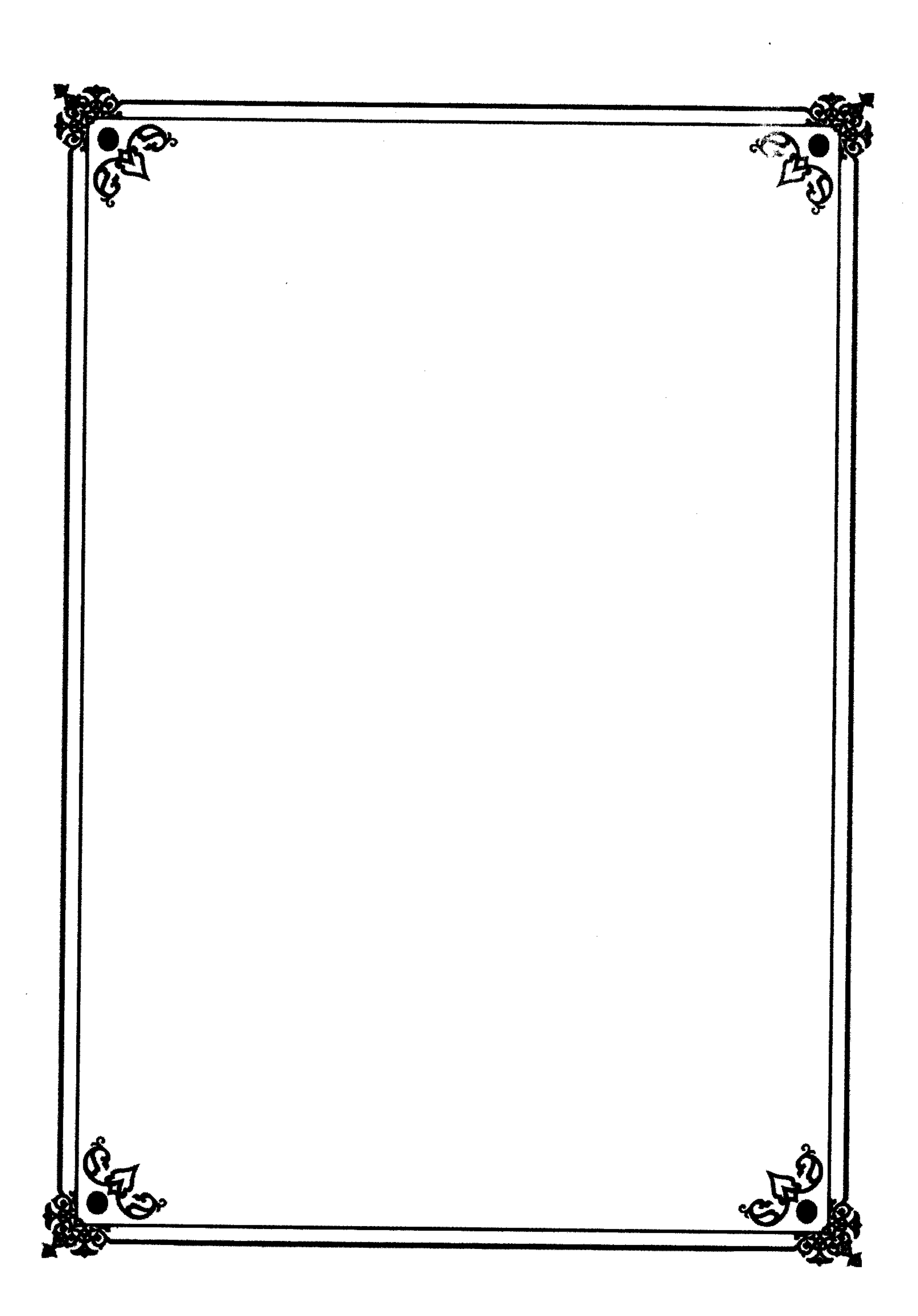
(٣) «المبسوط» ٢٤/ ٦٦، و«الهداية» ٤/ ٣١٢-٣١٣، و«الاختيار» ٢/ ٣٧٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٧٨-٨٨، و«اللباب» ٤/ ١١٤.

(٤) من (ج).



٤٨

كتاب السير



كتاب السير[١]

السيرُ: جمعُ سيرةٍ وهي الطريقةُ سواء كانت خيرًا أو شرًا، يقال: فلانٌ محمودُ السيرةِ، وفلانٌ مذمومُ السيرةِ، وسمي هٰذا الكتابُ بالسيرِ؛ لأنَّه يجمعُ سيرَ رسولِ الله ﷺ وطريقتَهُ في الغزوِ؛ وسيرَ الصحابةِ وما نُقِلَ عنهم في ذلك[٢].

قال: (يفترضُ الجهادُ على الكفايةِ).

أما أصلُ الفرضيَّةِ فبقوله تعالىٰ: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] ﴿قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ﴾ [التوبة: ٢٩] وإلىٰ ما شابه ذلك من الآياتِ المشتملةِ على الأمرِ بقتالِ الكفارِ، وبقوله عليه الصلاة والسلام: «**أمرتُ أنْ أقاتلَ الناسَ حتىٰ يقولوا لا إلٰه إلّا الله**»[٣]، وقوله ﷺ: «**الجهادُ ماضٍ منذ بعثني الله إلىٰ يومِ القيامةِ حتىٰ تقاتلَ عصابةٌ من أمتي الدجال**»[٤].

---

(١) وجه المناسبة بين الكتابين من حيث تحقق معنىٰ تحمل المشقة في كل منهما أما في الإكراه فلا شك أن المكره يتحمل مشقة المكره، أما في السير فظاهر لآن الجهاد تحمل عين المشاق.
«المستجمع شرح المجمع» ٧٢٧.

(٢) «طلبة الطلبة في الأصطلاحات الفقهية» ١٦٥.

(٣) رواه البخاري (١٣٩٩) ومسلم (٢٠).

(٤) رواه أبو داود (٣٥٣٢) وأبو يعلىٰ ٧/ ٢٨٧ (٤٣١١، ٤٣١٢)، وسعيد بن منصور في «سننه» ٢/ ١٤٣ (٢٣٦٧)، والبيهقي ٩/ ١٥٦ وضعفه الألباني في «ضعيف أبي داود».

وعلى الفرضيةِ[١] ٱنعقدَ إجماعُ الأمةِ، وكان ﷺ إذا بعثَ جيشًا أو سريةً أوصىٰ أميرَهم بتقوىٰ الله وقال: «**اغزوا باسمِ الله في سبيلِ الله، قاتلوا من كفرَ باللهِ، ولا تغلُّوا ولا تغدروا ولا تمثِّلوا، ولا تقتلوا وليدًا، وإذا لقيتم عدوَّكم من المشركينَ فادعوهم إلىٰ ثلاثِ خصالٍ: إلى الإسلامِ، فإن أسلموا فاقبلوا منهم وكفُّوا عنهم، وإن أبوا فادعوهم إلىٰ إعطاءِ الجزيةِ، فإن أبوا فانبذوا إليهم -أي: أعلموهم بالقتال- وإن حاصرتم حصنًا أو مدينةً فأرادوكم أن تتركوهم علىٰ حكم الله تعالىٰ فلا تُنزلوهم، فإنَّكم لا تدرون ما حكمُ اللهِ فيهم ولكن أنزلوهم علىٰ حكمِكم ثم (أقضوا فيهم)[٢] ما رأيتم، وإذا أرادوكم أن تعطوهم ذمةَ اللهِ وذمة رسولِهِ فلا تعطوهم ذلك، فإنكم لا تدرون ما ذمةُ اللهِ وذمةُ رسولِهِ فيهم، ولكن أعطوهم ذمتَكُم وذمةَ آبائكم، فإنكم إن تخفروا ذمتَكم وذمةَ آبائكم أهونُ من ذمةِ الله وذمةِ رسولِهِ**»[٣]، وإخفارُ الذمةِ: نقضُها، وأما الكفايةُ فلأنَّ الجهادَ في ذاتِهِ هدمُ البنيةِ الآدميةِ فلم يكن فرضًا لعينه[٤] بل كان لمعنى ٱقتضاهُ، وهو ٱشتمالُ ذلك علىٰ إعزازِ دينِ اللهِ ورفعِ الفسادِ والكفِّ عن العبادِ، فإذا حصلَ ذلك المقصوُد بالبعض سقط عن الباقينَ كردِّ السلامِ، وإن لم يقمْ به أحدٌ أثمَ جيمعُ الناسِ بتركِهِ؛ لأنَّ الوجوبَ على الكلِّ، وقد أخلُّوا به، ولأنَّ الكلَّ لو ٱشتغلوا بالجهادِ أفضىٰ إلىٰ تعطيلِهِ؛ لانقطاعِ مادةِ الجهادِ من الكراعِ والسلاحِ وغيرِ ذلك وإلى ٱنقطاعِ مصالحِ

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٨١، و«الهداية» ٢/ ٤٢٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٩، و«اللباب» ٤/ ١١٤.

(٢) في (ج): (قطعوا منهم).

(٣) رواه مسلم (١٧٣١) من حديث بريدة بن الحصيب.

(٤) من (ج).

العالِمِ من الزراعةِ والصنائعِ[(١)].

قال: (وإن كان النفيرُ عامًّا فعلى الأعيانِ).

لقوله تعالىٰ: ﴿ ٱنفِرُواْ خِفَافًا وَثِقَالًا ﴾ [التوبة: ٤١] والنفيرُ العامُّ أن يحتاجَ إلىٰ جميع المسلمينَ فلا يحصلُ المقصودُ من الجهادِ حينئذ ببعضهم، فتعيَّنَ على الكلِّ إقامتُهُ كالصلاةِ. وقال في «الجامع» الجهاد واجب إلَّا أن المسلمين في سعة حتىٰ يحتاج إليهم. فأولُ هٰذا الكلامِ إشارةٌ إلىٰ فرضِ الكفايةِ وآخرهُ إلى النفير العامِّ[(٢)].

قال: (ويجبُ قتالَ الكفارِ وإن لم يبدؤون).

لما مر من النصوصِ العامةِ[(٣)].

قال: (ولا يجبُ علىٰ صبيٍّ ولا عبدٍ ولا ٱمرأةٍ ولا أعمىٰ ولا مقعدٍ ولا أقطعَ).

أما الصبيُّ فلعدمِ الخطابِ، وأمَّا العبدُ والمرأةُ فلاشتغالهِمَا بخدمةِ المولىٰ أو الزوجِ، وعندَ تعارضِ حَقَّيِ العبدِ والشرعِ يقدمُ حقُّ العبدِ بإذنِ الشرعِ؛ لحاجتِهِ.

وأمَّا الأعمىٰ والمقعدُ والأقطعُ فلعجزِهِم اللازمِ[(٣)] وفيهم نزلَ قولُه تعالىٰ: ﴿ لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ ﴾. الآية [النور: ٦١].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٨١-٣٨٢، و«الهداية» ٢/ ٤٢٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٥٩، و«اللباب» ٤/ ١١٤-١١٥.

(٢) «فتح القدير» ٥/ ٤٣٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٤١، و«البحر الرائق» ٥/ ٧٧.

(٣) «الهداية» ٢/ ٤٢٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٤١، و«البحر الرائق» ٥/ ٧٧، و«اللباب» ٤/ ١١٥.

قال: (وإذا هجمَ العدوُّ /١٦٥ب/ تعيَّنَ على الكلِّ دفعُهُ، تخرجُ المرأةُ والعبدُ بغيرِ إذنٍ).

لأن العدوَّ إذا هجمَ وغلبَ فقد صارَ الجهادُ فرضَ عينٍ فتعينَ على الكلِّ دفعُه عنهم، وحقُّ العبدِ لا يظهرُ في مقابلةِ فرضِ العينِ كالصلاةِ والصيامِ، بخلافِ ما قبلَ هجومِ العدوِّ وحصولِ النفير، فإنَّ الفرضَ متوجهٌ على الكفايةِ وبغيرِهِمَا يقنع فلم تتحققِ الضرورةُ إلىٰ إبطالِ حقِّ السيدِ والزوجِ[(١)].

قال: (ولا بأسَ بالجعلِ؛ للحاجةِ).

الجعلُ: أنْ يأخذَ الإمامُ من المسلمين مالًا فيعطيَهُ الغزاةَ، هٰذا الصنيعُ مكروهٌ؛ إذا لم يكنْ بالمسلمين حاجةٌ إلىٰ ذلك ولهم فيءٌ؛ لأنَّ ذلك شبيهٌ بالأجرةِ ولا ضرورةَ إلىٰ ذلك؛ لأنَّ بيتَ المالِ معدٌّ لحاجاتِ المسلمين، أمَّا إذا لم يكن لهم فيءٌ، وهم مضطرون إلى الميرةِ وموادِ الجهادِ، وليس لهم شيءٌ. فلا بأسَ بأنْ يقوي بعضُهُم بعضًا؛ لاشتمالِ ذلك علىٰ دفعِ الضررِ الأقوىٰ بالأضعفِ، وقد صحَّ أنه عليه الصلاة والسلام أخذَ دروعًا من صفوانَ[(٢)] وكان عمرُ رضي الله عنه يُغْزِي الأعزبَ عنَ ذي الحليلةِ ويعطي الشاخصَ فرسَ القاعدِ[(٣)(٤)].

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤٢٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٤١-٢٤٢، و«اللباب» ٤/ ١١٥.

(٢) رواه أحمد في «مسنده»، والحاكم في «المستدرك» في البيوع وقال: وله شاهد صحيح. «نصب الراية» ٣/ ٣٧٧.

(٣) «السير الكبير» ١/ ٩٨-٩٩، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٣٦-٤٣٧، و«المبسوط» ١٠/ ١٩-٢٠، و«الهداية» ٢/ ٤٢٧، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٠.

(٤) رواه ابن أبىٰ شيبة في «مصنفه» في أبواب الجهاد، وابن سعد في «الطبقات» في ترجمة عمر بن الخطاب. «نصب الراية» ٣/ ٣٧٨.

قال: (وإذا حاصرَ المسلمون أهلَ الحربِ دعوهم إلى الإسلامِ).

لما روى ابن عباسٍ أنه ﷺ ما قاتلَ قومًا حتىٰ (دعاهم) إلى الإسلامِ[(١)]، ولإمكانِ إجابتهم إلى الإسلامِ، فيحصل المقصودُ بمجردِ الدعوةِ.

قال: (فإنْ أسلموا كفُّوا عنهم).

لقوله ﷺ: « **أمرتُ أنْ أقاتلَ الناسَ حتَّىٰ يقولوا: لا إلٰه إلَّا اللهُ. فإذا قالوها عصمُوا منِّي دماءَهُم وأموالَهُم إلَّا بحقِّها** »[(٢)]؛ ولأنَّ القتالَ لإعلاءِ كلمةِ الحقِّ ودحضِ الشركِ، وعند حصولِ المقصودِ يستغنىٰ عن ذلك.

قال: (وإنْ آمتنعُوا دعوهم إلى الجزيةِ إن كانوا من أهلِهَا).

لما روينا من قبلُ واحترزَ بقولِهِ: (إنْ كانوا مِنْ أهلِهَا) عن المرتدين وعبدةِ الأوثانِ من العربِ؛ لأنَّه لا يُقبلُ منهم إلَّا الإسلامُ، فلا فائدةَ في الدعوةِ إليها لأولئكَ، ويجبُ أنْ يعرِّفَهُم كميتَهَا ووقتَ وجوبِهَا وعلىٰ مَنْ تجبُ لتنقطعَ المنازعةُ من بعدُ؛ ولأنَّ القتالَ ينتهي بها قال اللهُ تعالىٰ: ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ ﴾ [التوبة: ٢٩] أي: يقبلوها[(٣)].

---

(١) رواه أحمد ١/ ٢٣١، ٢٣٦، والدارمي ٢/ ٢٨٦ (٢٤٤٤) والطبراني ١١/ ١٣٢، والحاكم ١/ ٦٠ وقال: صحيح.
وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» ٥/ ٥٥٢: رواه أحمد وأبو يعلىٰ والطبراني بأسانيد ورجال أحدهما رجال الصحيح.

(٢) متفق عليه، وقد سبق تخريجه.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٨١-٢٨٢، و«فتح القدير» ٥/ ٤٤٤-٤٤٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٤٢-٢٤٣، و«اللباب» ٤/ ١١٥-١١٦.

قال: (فإنْ بذلوهَا كان لهم ما لنا وعليهم ما علينا).

لقول عليٍّ ﷺ: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا، وأموالهم كأموالِنَا.

والمرادُ بالبذلِ: القبولُ. وكذا الإعطاءُ في الآية. (والله أعلم[١])[٢].

قال: (ويجبُ دعاءُ مَنْ لَمْ تبلغْهُ الدعوةُ، ويستحبُّ دعاءُ مَنْ بلغته).

أما وجوبُ الدعوةِ لمن لم تبلغْهُ فلما تقدَّمَ من قوله ﷺ: « **فادعهم**[٣] **إلىٰ ثلاثِ خصالٍ: إلى الإسلام ...**»[٤]، وفي حديثٍ آخرَ «**إلىٰ شهادةِ أن لا إلـٰه إلاَّ الله** »[٥]؛ ولأنَّ في تقديمهم الدعوةَ إعلامَهم أنَّ الغرضَ من قتالِهم إنَّما هو الدينُ لا غرضَ الدنيا، فلعلَّهم إذا علموا ذلك أجابوا فكفىٰ اللهُ المؤمنين القتالَ، ولو قاتلوا قبلَ الدعاءِ إلى الإسْلامِ أثموا؛ لموضع النَّهيِّ عن ذلك ولم يعرضوا[٦] شيئًا؛ لأنَّهم مباحُ الدماءِ والأموالِ ولا عاصمَ لهم من إسلامٍ أو إحرازٍ بدارِ الإسلامِ فصار كقتلِ النساءِ والصبيانِ.

وأمَّا ٱستحبابُ الدعوةِ لمن بلغته الدعوة[٧] فللمبالغةِ في الإنذارِ، وقد

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٨١-٢٨٢، و«فتح القدير» ٥/ ٤٤٤-٤٤٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٤٢-٢٤٣، و«اللباب» ٤/ ١١٥-١١٦.

(٢) من (ج).

(٣) في (ج): (فادعوهم).

(٤) تقدم من حديث بريدة.

(٥) رواه البخاري (١٣٩٥)، ومسلم (١٩) من حديث ابن عباس.

(٦) في (ج): (يعرفوا).

(٧) من (ب).

صحَّ أنَّ النبيَّ ﷺ أغار علىٰ بني المصطلقِ وهم غارون[(١)]، فلم يكن واجبًا، وقد عهد إلىٰ أسامةَ أن يُغِيرَ علىٰ بني الأصفرِ صباحًا ثُمَّ يحرقُ نخلَهم، وفي لفظٍ: أن يُغيرَ علىٰ أبنا (هو موضعٌ)[(٢)] بفلسطين أو قبيلةٌ. والغارةُ[(٣)] لا تكون مع الدعوةِ[(٤)].

قال: (فإنْ أَبَوا ٱستعانوا بالله عليهم وحاربُوهُم).

لما تقدَّم فيما رويناه؛ ولحديثِ سلمانَ بن بريدةَ[(٥)]: «**فإنْ أَبَوا ذلك فادْعُوهُم إلىٰ إعطاءِ الجزيةِ**» إلىٰ أن قال: «**فإنْ أبوها فاستعنْ باللهِ عليهم وقاتلهم..**» وإنَّما قدَّم الٱستعانةَ؛ لأنَّ الله تعالىٰ هو الناصرُ لأوليائِه، والخاذلُ لأعدائِه، وإليه مقاليدُ الأمورِ، وفي الٱستعانةِ به طلبُ النصرةِ منه فيستعان به[(٤)].

قال: (ونصبوا المجانيقَ وحرَّقوهم وغرَّقوهم وقطعوا أشجارَهم وأفسدوا زرُوعَهم ورموهم، وإنْ تترسوا بأسارى المسلمين وقصدوا الكفار).

لأنَّ في ذلك إلحاقُ الكبتِ والغيظِ بهم وتفريقِ جمعهم وتبديدِ شملهم

---

(١) رواه البخاري (٢٥٤١)، ومسلم (١٧٣٠) من حديث ابن عمر.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) رواه أبو داود (٢٦١٦)، وابن ماجه (٢٨٤٣) من حديث أسامة.

(٤) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٢٥-٤٢٨، و«المبسوط» ١٠/ ٦، و«الهداية» ٢/ ٤٢٧-٤٢٨، و«البحر الرائق» ٥/ ٨١-٨٢، و«اللباب» ٤/ ١١٦.

(٥) هو سليمان بن بريدة بن الحُصيب الأسلمي، وثقه يحيىٰ بن معين، وأبو حاتم، والعجلي، روىٰ له الجماعة سوى البخاري، مات سنة خمس ومائة.
انظر: «التاريخ الكبير» للبخاري ٤/ ٤ (١٧٦١)، و«الجرح والتعديل» ٤/ ١٠٢ (٤٥٨)، و«تهذيب الكمال» ١١/ ٣٧٠ (٢٤٩٥).

فيكون مشروعًا، وقد صحَّ أنَّه ﷺ حَاصَر أهلَ الطائفِ ورَمَاهُم بالمنجنيقِ[١] وكان فيهم المسلمون[٢]، ولأنَّ بلادَ الحربِ لا تخلو عن آسارى المسلمين وصبيانِهِم وتجارِهم، فلو ٱمتنع القتالُ لذلك أفضىٰ إلى ٱمتناعِهِ أصلًا، ولٰكن لا يقصدون برميِهِم مسلمًا تحرزًا عن قتلِ المسلمِ بحسب الطاقةِ، ولأنَّ في ذلك دفعُ الضَّررِ الأعلىٰ بالأدنىٰ، وإنَّما يقصدون (بالرمي)[٣] الكفَّارَ دون الأسارىٰ؛ لأنَّ التمييزَ إذا تعذَّر بالفعلِ فقد أمكن بالقصدِ، ومن أصيب منهم لم تجب عنه كفارةٌ ولا ديةٌ؛ لأنَّ الجهادَ فرضٌ فلو (علقتْ)[٤] به غرامةٌ أفضىٰ إلى الٱمتناعِ عن الإقدامِ عليه.

والفرقُ بين هٰذا وبين المخمصةِ وإنْ جمعتِ الضَّرورةُ بينهما أنَّ الضمانَ في الإقدامِ علىٰ تناولِ مالِ الغيرِ حالَ المخمصةِ لا ينتهضُ مانعًا من الإقدامِ لما فيه من إحياءِ النَّفسِ. وأمَّا الجهادُ فإتلافُ النَّفسِ فيمتنع (حرازًا من)[٥] الضَّمانِ ولـمَا مرَّ ﷺ يريد الطائفَ /١٦٦أ/ بدا له قصرُ عمروِ بنِ مالكٍ النضيريِّ؛ فأَمَرَ بتحريقه، فلما ٱنتهىٰ إلى الكرومِ أمر بقطِعها[٦].

قال الزهريُّ: وقَطَع رسولُ الله ﷺ نخلَ بني النضيرِ وحرَّق البيوتَ، ولـمَّا تحصَّن بنو النضيرِ من رسولِ الله ﷺ أَمَرَ بقطعِ نخلِهِم وتحريقِه،

---

(١) المنجنيق: هي آلة قديمة من آلات الحصار كانت ترمىٰ بها حجارة ثقيلة على الأسرار فتعهدها. «المعجم الوسيط» ٢/ ٨٥٥.

(٢) رواه الترمذي بعد حديث (٢٧٦٢) من طريق ثور بن يزيد مرسلًا. وانظر «الدراية» ٢/ ١١٥ (٦٩٦).

(٣) في (ب): (برميهم).

(٤) في (ب): (غرمت).

(٥) في (أ): (حزر)، وفي (ج): (حرز).

(٦) ٱنظر: «الطبقات» لابن سعد ٢/ ١٥٨.

فقالوا: يا أبا القاسم ما كنتَ ترضىٰ بالفسادِ[(١)]. فأنزل الله تعالىٰ: ﴿مَا قَطَعْتُم مِّن لِّينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا قَآئِمَةً عَلَىٰٓ أُصُولِهَا فَبِإِذْنِ ٱللَّهِ وَلِيُخْزِىَ ٱلْفَٰسِقِينَ﴾[(٢)] [الحشر: ٥] فتبيَّن أنَّه لم يكن فسادًا، وقد قال تعالىٰ: ﴿وَلَا يَطَـُٔونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ ٱلْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍّ نَّيْلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُم﴾ [التوبة: ١٢٠].

قال: (ولا بأسَ بإخراجِ المصاحفِ والنساءِ في عسكرٍ عظيمٍ دون سريةٍ لا يؤمن عليها).

لأنَّ العسكرَ إذا كان عظيمًا فالغالبُ عليه السلامةُ والغالبُ كالمتحققِ، وأمَّا السريةُ التي لا يؤمن عليها فيكره إخراجُ ذلك منها؛ لأنَّ فيه تعريضَ النساءِ على الضياعِ والفضيحةِ، وتعريضَ المصاحفِ للاستخفافِ بها، وهٰذا هو تأويلُ نهيِه ﷺ عن المسافرةِ بالقرآنِ إلىٰ أرضِ العدوِّ، ولو دخل المستأمنُ مِنَّا بمصحفٍ إليهم فلا بأسَ به إذا كانوا قدمًا مأمونين[(٣)] علىٰ حفظِ العهدِ؛ لأنَّ الظاهرَ عدمُ التعرضِ، والعجائزُ يخرجنْ في المعسكرِ العظيمِ للطبخِ والسقي والمداوةِ، وقرارُ (الشوابِ)[(٤)] في البيوتِ أدفعُ للفتنةِ، ولا تباشر المرأةُ قتالًا؛ لأنَّ ذلك ما يَستدلُّ به الكفارُ علىٰ ضعفِ المسلمين إلَّا أن تدعو إليه ضرورةٌ[(٥)].

---

(١) «السير الكبير» ١/ ٣٩-٤٠، و«مختصر الطحاوي» ص٣٨٢، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٤٣٢-٤٣٥، و«المبسوط» ١٠/ ٣١-٣٢، و«اللباب» ١٧-١٨.

(٢) تحريق الرسول ﷺ لنخل بني النضير، رواه البخاري (٤٨٨٤)، ومسلم (١٧٤٦) من حديث ابن عمر.

(٣) في (أ): (مؤمنين).

(٤) في (ج): (الشباب).

(٥) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٤٣٥-٤٣٦، و«المبسوط» ١٠/ ١٧، و«الهداية» ٢/ ٤٢٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٢٤، و«البحر الرائق» ٥/ ٨٣، و«اللباب» ٤/ ١١٨.

قال: (وينبغي أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا ولا يقتلوا صبيًّا ولا ٱمرأةً إلَّا ملكةً ولا شيخًا كبيرًا إلَّا ذا رأي في الحربِ، ولا أعمىٰ ولا مقعدًا ولا مجنونًا، ومَنْ قاتَلَ منهم قُوتِل).

أما الغدرُ والغلولُ والمُثلةُ فللنهي الواردِ عنها، والغلولُ: السرقةُ من المغنمِ، والغدرُ: الخيانةُ ونقضُ العهدِ، وما رُوي من المثُلةِ في قصةِ العرنيين فهي منسوخةٌ بالنَّهيِّ المتأخرِ: لا تمثلوا بناية اللهِ. والمثلةُ المنهيةُ هٰهنا هي التي بعد الظفرِ، فأمَّا قبلَ ذلك فلا بأسَ بها؛ لأنَّه أبلغُ في كبتهم والإضرارِ بهم.

وأمَّا قتلُ الصبيِّ والمرأةِ فللنهي الواردِ عن قتلِ الصبيانِ والذراري[(١)(٢)] وأتىٰ عَلَيْهِ السَّلَامُ ٱمرأةً مقتولةً فقال: « **هاه مالَها قُتِلتْ وما كانت تقاتل؟!** »[(٣)]، وهٰذا النَّصُّ يشير إلىٰ أنَّ الموجبَ للقتلِ هو الحرابُ وهؤلاءِ لا يقاتلون.

والمجنونُ غيرُ مخاطبٍ والمقعدُ والشيخُ الكبيرُ عاجزان عن القتالِ، ومن كان من هٰؤلاء ملكًا أو ذا رأي في الحربِ أو يقدر على القتالِ أو له مالٌ يعين به على القتالِ قوتل، لأنَّه غيرُ مأمونِ الشر[(٤)] فالتُحِق

---

(١) رواه البخاري (٣٠١٥)، ومسلم (١٧٤٤) من حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهىٰ عن قتل النساء والصبيان.

(٢) في (ب): (العذارىٰ).

(٣) رواه أبو داود (٢٦٦٩) من حديث رباح بن الربيع بلفظ: « **ما كانت هٰذِه لتقاتل** » وانظر: «الدراية» ٢/١١٦ (٧٠١).

(٤) في (أ): (الشرع).

بالقاتل حقيقة، وقد قتل ﷺ دريد بن الصمة وكان قد مضىٰ عليه مائةٌ وعشرون سنةٍ؛ لكونه صاحبَ رأيٍ في الحربِ[١].

وأمَّا الرهابِيْن وأهلُ الصوامعِ الذين يخالطون الناسَ ويدلون علىٰ عوراتِ المسلمين يُقتلونَ؛ لما بينَّا، وإنْ كانوا قد حبسوا أنفسَهمُ عن مخالطةِ الناسِ لا يُقتلونَ؛ للأمنِ من شرِّهِم وقولُهُ: (ومن قاتلَ منهم قوتلَ) من الزوائدِ[٢].

قال: (وإذا نزلوا علىٰ حكمِ الله تعالىٰ يخيَّرُ القتلَ أو الٱسترقاقَ أو إبقاءَهُم أحرارًا ذمةً لنا وعين الثالث).

قال أبو يوسف[٣] رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا حاصرَ المسلمون أهلَ حصنٍ فنزلوا علىٰ حكمِ الله فيهم يجوزُ للإمامِ قتلُهُم أو أسرُهُم إنْ شاءَ أو تركُهُم أحرارًا ذمةً للمسلمين، لأنهم أهلُ حربٍ، وحكمُ الله في أهلِ الحربِ إذا كانوا من أهلِ الكتابِ أو المجوسِ أو الوثنيين من العجمِ عندَ الٱستيلاءِ عليهم عنوةً هٰذا، فإذا نزلوا علىٰ حكمِهِ تعالىٰ يُخيَّرُ الإمامُ في أحدِ هٰذِه الثلاثةِ الأشياء.

وقال محمد[٣] رَحِمَهُ اللَّهُ: ليس له إلَّا أنْ يتركَهُم أحرارًا مضروبًا علىٰ رؤوسِهِم الجزيةُ وعلىٰ أراضيهم الخراجُ فيكونُ ذمةً المسلمين؛ لأنَّ

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٨٣، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٥٥-٤٥٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٤٤-٢٤٥، و«البحر الرائق» ٥/ ٨٤، و«اللباب» ٤/ ١١٩.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٨٣، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٥٥-٤٥٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٤٤-٢٤٥، و«البحر الرائق» ٥/ ٨٣-٨٤، و«اللباب» ٤/ ١١٩.

(٣) «المبسوط» ١٠/ ٧-٨، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٩-٣٧٠، و«البحر الرائق» ٥/ ٨٩، و«اللباب» ٤/ ١٢٤.

حكمَ الله فيهم أحدُ هٰذِه الثلاثةِ لكن لا يدري أيُّها هو على التعيينِ، فتعينَ القدرُ المشتركُ بينها من إلحاقِ الضرر والهوانِ بهم؛ لكونه متيقنًا، وأدنىٰ هٰذِه الثلاثةِ ضررًا تركُهُم أحرارًا أهلَ ذمةٍ. وفي الآخرين شكٌّ (فيثبت المتيقن)[١] دونَ المشكوكِ فيه، وقد قدَّمْنَا في صدرِ هٰذا الكتابِ قولَه ﷺ: «**وإذا حاصرتُم أهلَ مدينةٍ أو حصنٍ فأرادوكم أنْ تنزلوهم علىٰ حكم الله تعالىٰ فلا تنزلوهم فإنَّكُم لا تدرونَ حكمَ الله تعالىٰ فيهم**»[٢].

وأبو يوسف[٣] رحمه الله يقول: كان ذلك في مبدأ الإسلامِ لتواترِ الوحيِ وتعرفِ أحكامِ الله منه، وكان يتجدَّدُ شيئًا فشيئًا فكان الذين يبعدون عن رسولِ الله ﷺ لا يدرونَ ما حدَثَ بعدهم من الوحيِ، وأمَّا الآنَ فالشريعةُ مستقرةٌ، وحكمُ الله تعالىٰ فيهم معلومٌ وهو أحدُ هذ الثلاثةِ الأشياءِ، وإنْ كان الخيارُ في التعيينِ إلى الإمامِ[٣].

قال: (ودارُ الإسلامِ لا تصيرُ حربًا إلَّا أنْ يزولَ أمانُ أهلِهَا وتتصلُ بدارِ الحربِ ويظهرُ فيها أحكامُ الكفرِ واكتفينا بالثالثِ، كما في العكسِ).

قال أبو حنيفة[٤] رحمه الله: إذا أريدَ أهلُ مصرٍ وغلبوا علىٰ ذلك المصرِ وهو متصلٌ بدارِ الحربِ ولم يبق فيهم مسلمٌ ولا ذميٌّ آمنًا بالأمانِ الأول

---

(١) في (ب): (فتعين العين).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) «المبسوط» ١٠/٧-٨، و«الاختيار» ٤/٣٦٩-٣٧٠، و«البحر الرائق» ٥/٨٩، و«اللباب» ٤/١٢٤.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٨٦، و«المبسوط» ١٠/٥٤-٥٥، و«الهداية» ٢/٤٣٦-٤٣٧، و«اللباب» ٤/١٢٧-١٢٨.

وأظهروا فيه أحكامَ الكفرِ /١٦٦ب/ زاد بعضُ المشايخِ المتأخرين فقال: إنْ نصبوا فيه قاضيًا كافرًا صار حكمُ ذلك المصرِ حكمَ دارِ الحربِ، وكذا لو غلبَ الكفار -والعياذ بالله- علىٰ مصرَ، فإذا ٱجتمعتْ هٰذِه الشرائطُ الثلاثُ صار من جملةِ دارِ الحربِ وإلَّا فلا.

وقالا[1]: تصيرُ دارَ الحربِ إذا أظهروا فيه أحكامَ الكفرِ بأنْ نصبُّوا قاضيًا كافرًا لهما أنَّ المصرَ الذي يظهرُ فيه أحكام الإسلام بصيرُ دار الإسلامِ لمجردِ ذلك، فكذلك المصرُ الذي يظهرُ فيه أحكامُ الكفرِ ٱعتبارًا لأحدِهِمَا بالآخرِ، ووجهُ الٱعتبارِ أنَّ كونَ الدارِ للإسلامِ أو للحربِ ليس لذاتِ الدارِ بل باعتبار غلبةِ أهلِ الإسلامِ أو الكفرِ عليها واستيلائِهِم، وظهورُ الأحكامِ أمارةُ الٱستيلاءِ والظهورِ فينسبُ إليهم به، فيكتفىٰ بذلك فيه. وله أنَّ هٰذِه الدارَ دارُ الإسلام بيقينٍ فلا يزولُ عنها ذلك بالشكِّ، وما لم تتحقق هٰذِه الشرائطُ الثلاثُ لا يتحقَّقُ كونُها دارَ حربٍ، فلا يرتفعُ كونُها دارَ الإسلامِ بدونها، وهٰذا خلافُ دارِ الحربِ حيثُ تصيرُ دارَ الإسلامِ بظهورِ أحكامِ الإسلامِ؛ لأنَّ أحكامَ الإسلامِ من أعلامِهِ فالنظرُ إليها يقتضي الحكمَ بأنها دارُ الإسلامِ، وبالنظرِ إلى ٱنتفاءِ الشرطيْن لا يحكم بذلك فرجحنا جانبَ الإسلامِ؛ لأنه يعلو ولا يُعلىٰ.

وقال بعضُ المتأخرين، وإذا تحققتِ الشرائطُ المذكورةُ في مصرٍ من أمصارِ المسلمين حتَّىٰ صار في حكمِ دارِ الحربِ ثم حصلَ لأهلِهِ الأمانُ ونُصِّبَ به قاضٍ مسلمٍ يُنفِّذُ أحكامَ الإسلامِ عاد إلىٰ دارِ الإسلامِ، فمن ظفر من الهلاكِ الأقدمين بشيءٍ من مالِهِ بعينه فهو له بغير شيءٍ، ومن

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٨٦، و«المبسوط» ١٠/ ٥٤-٥٥، و«الهداية» ٢/ ٤٣٦-٤٣٧، و«اللباب» ٤/ ١٢٧-١٢٨.

ظفر منهم بشيءٍ منه بعدما باعه مسلمٌ أو كافرٌ من مسلمٍ أو ذميٍّ أخذ بالثمنِ إنْ شاءَ ومن ظفر منهم بمالِهِ بعينه بعدما وهبَهُ مسلمٌ أو كافرٌ لمسلمٍ أو ذميٍّ وسلَّمَهُ إليه أخذَهُ بالقيمةِ إنْ شاءَ[1].

(١) «المبسوط» ١٠/ ٥٤-٥٥، و«الهداية» ٢/ ٤٣٦-٤٣٧، و«اللباب» ٤/ ١٢٧-١٢٩.

فصل:
في الموادعة ومن يجوز أمانه

قال: (وإذا كان في الموادعةِ مصلحةٌ فلا بأسَ بها).

إذا كان المسلمونَ في قوةٍ فلا ينبغي لهم أنْ يوادعوا أهلَ الحربِ ولا يصالحوهم؛ لأنَّ في ذلك من تركِ الجهادِ صورةً ومعنىٰ أو تأخير الجهادِ؛ لأنَّ الموادعةَ مأخوذةٌ من الودعِ الذي هو التركُ وهو طلبُ الأمانِ وتركُ القتالِ قال تعالىٰ: ﴿ فَلَا تَهِنُواْ وَتَدْعُوٓاْ إِلَى ٱلسَّلْمِ وَأَنتُمُ ٱلْأَعْلَوْنَ ﴾ [محمد: ٣٥] وإنْ لم يكونوا في قوةٍ فلا بأسَ بالموادعةِ؛ لأنَّ في ذلك خيرةً[1] للمسلمين قال تعالىٰ: ﴿ وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى ٱللَّهِ ﴾ [الأنفال: ٦١] أي: إنْ مالوا إلى المصالحةِ فملْ إليها، والاعتبارُ في ذلك وعدمِهِ بوجودِ المصلحةِ للمسلمين وعدمِها؛ ووادع رسولُ اللهِ ﷺ أهلَ مكةَ عامَ الحديبيةِ علىٰ وضعِ الحربِ عشرَ سنين[2]؛ ولأنَّ الموادعةَ إذا صدرتْ عن مصلحةٍ للمسلمين كانت في معنى الجهادِ؛ لاشتمالِهَا علىٰ دفعِ أذى الأعداءِ وشرِّهم، ويجوزُ أنْ يزيدَ في مدة الموادعةِ علىٰ عشرِ سنين علىٰ ما يراه الإمامُ من المصلحةِ؛ لأنَّ العلةَ فيها إنما هو المصلحةُ، وهي لا تتوقفُ بهٰذِه دون أخرىٰ[3].

---

(١) في (ب): (خيرًا).

(٢) رواه أبو داود (٢٧٦٦).

(٣) «السير الكبير» ٥/ ٣، و«الهداية» ٢/ ٤٢٩-٤٣٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٤-٣٦٥، و«اللباب» ٤/ ١٢٠.

قال: (وإن ٱنعكست نبذَ إليهم).

إذا ٱنعكستِ المصلحةُ إلىٰ ضدِّها ورأى الإمامُ أنَّ نقضَ الصلحِ أنفعُ للمسلمين نبذَ إليهم عهدَهُم وقاتلهم، قال الله تعالىٰ: ﴿ فَٱنۢبِذۡ إِلَيۡهِمۡ عَلَىٰ سَوَآءٍ ﴾ [الأنفال: ٥٨] ونبذَ ﷺ الموادعةَ التي كانت بينه وبين أهلِ مكةَ[١]؛ ولأنَّ المصلحةَ لما تبدلتْ كانَ النبذُ إليهم جهادًا، وإبقاءُ العهدِ علىٰ ما كان تركًا له صورةً ومعنىٰ، ولابدَّ من أنْ ننبذ إليهم؛ تحرزًا عن الغدرِ بهم، وقد قال ﷺ في العهودِ: «**وفاء لا غدر**»[٢]، ولابدَّ من ٱعتبارِ مدة تبلِّغَ خبرَ نبذِ الموادعةِ إلىٰ جماعتهمِ ويكتفي بمدةٍ يتمكنُ الملكُ بعد علمه بذلك لإعلامِ أقطارَ مملكتِهِ، ولو علمَ ولم يعلمْهُم، ومضتْ مدةُ الإمكانِ، فالتقصيرُ[٣] واقعٌ من مكان[٤] ملكهمِ، فيجوزُ مقاتلتُهُم[٥].

قال: (وإن بدؤوا بخيانةٍ متفقين قوتلوا من غيرِ نبذٍ).

إنما شرطَ ٱتفاقَهُم تحرزًا عما إذا دخلَ جماعةٌ منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم، فإنَّ ذلك لا يكونُ نقضًا للعهدِ، ولو كان لهم منعةٌ وقاتلوا علانيةً يكونُ نقضًا للعهدِ في حقِّهم حيث لم يفعلوا ما فعلوا بإذنٍ، فلا تعدوهم[٦] حتىٰ لو كانوا قد أذنَ لهم في ذلك فصاروا ناقضين

---

(١) ٱنظر حديث الحديبية عند البخاري (٢٧٣١).

(٢) رواه أبو داود (٢٧٥٩)، والترمذي (١٥٨٠)، وأحمد ٤/ ١١١ عن عمرو بن عبسة موقوفًا، وقال ابن حجر في «الدراية» ٢/ ١١٧ (٧٠٣): لم أجده مرفوعًا.

(٣) في (ب): (نقصان).

(٤) من (ب).

(٥) «السير الكبير» ٥/ ٤-٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٤، و«البحر الرائق» ٥/ ٨٦، و«اللباب» ٤/ ١٢٠.

(٦) في (ب): (تقدرهم).

للعهدِ؛ لأنَّ ذلك متفقٌ عليه معنىٰ، بسببِ الإذنِ[١]، والعلةُ في قتالِهِم من غيرِ نبذٍ هي أنهم إذا ٱتفقوا على البدايةِ بالخيانةِ فقد نقضوا عهدَهُم، والنبذُ للبعض فلا حاجةَ إليه وقد سبقوا به[٢].

قال: (ولو شرطَ ردَّ من يخرجُ إلينا من الرجالِ الأحرارِ مسلمًا نبطله).

زاد شرطي الرجوليةِ والحريةِ، تحقيقًا لمذهبِ الشافعيِّ[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ فإنَّ المرأةَ إذا هاجرتْ إلينا مسلمةً لا يحلُّ ردُّهَا، ولا يصحُّ شرطُ ذلك عندَهُ وفي مذهبِهِ في وجوبِ ردِّ العبدِ والحرِّ الذي لا عشيرةَ له وجهان ذكره صاحبُ «الوجيز»[٤]، وما عدا ذلك فإذا شرطَ ردَّ الخارجِ منهم إليهم جاز الشرطُ والوفاءُ به، وعندنا[٥] يبطلُ ذلك.

له: أنه ﷺ وادعَ أهلَ مكةَ علىٰ أنْ لا يقاتلهم عشرَ سنين وأنْ يردَّ عليهم من جاءَ مسلمًا.

ولنا[٥]: أنه صلحٌ تضمنَ تركَ فرضٍ وارتكابَ محظورٍ (فوجبَ أنْ يكونَ باطلًا، وهٰذا لأنَّ الأمتناعَ عن تسليم المسلمِ إلى العدوِّ والكافرِ

---

(١) «السير الكبير» ٥/ ٨-١٠، و«المبسوط» ١٠/ ٣٧-٣٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٤-٣٦٥، و«البحر الرائق» ٥/ ٨٦، و«اللباب» ٤/ ١٢٠-١٢١.

(٢) «السير الكبير» ٥/ ٨-١٠، و«المبسوط» ١٠/ ٣٧-٣٩، و«الهداية» ٢/ ٤٣٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٤-٣٦٥، و«البحر الرائق» ٥/ ٨٦، و«اللباب» ٤/ ١٢٠-١٢١.

(٣) «الأم» ٦/ ٢٧٩، و«التنبيه» ص٢٤٠، و«المهذب» ٢/ ٢٦١، و«الوجيز» ٢/ ٢٠٤، و«روضة الطالبين» ٧/ ٤٧٦، و«حلية العلماء» ٧/ ٧٢٠-٧٢٢.

(٤) «الوجيز» ٢/ ٢٠٥.

(٥) «السير الكبير» ٥/ ٦٥-٦٦، و«المبسوط» ١٠/ ٨٥، و«فتح القدير» ٥/ ٤٦٠، و«اللباب» ٤/ ١٢١.

فرضٌ، وتسليطُ الكافرِ على المسلمِ محظورٌ[١] فلا يشرعُ.

قال: (فإنْ وادعَ الإمام /١٦٧أ/ بمال للحاجةِ كانَ كالجزيةِ قبلَ حصارهم وكالغنيمةِ بعدَهُ).

لا بأسَ بأنْ يوادعَ الإمامُ أهلَ الحربِ علىٰ مالٍ يأخذُ منهم، كما يجوزُ أنْ يوادعَهُم علىٰ غيرِ مالٍ، لكن إذا كان بالمسلمين حاجة إلى المالِ يأخذه، فأمَّا إذا ٱستغنى المسلمون عن ذلك لم يجزْ؛ لأنَّ في ذلك تركًا للقتالِ صورةً ومعنىٰ، ثم المالُ المأخوذُ منهم يصرفُ مصارفَ الجزيةِ إذا أرسلَ أهلُ الحربِ رسولًا ولم يحاصْرهُم المسلمونَ ولم ينزلوا بساحتِهم؛ لأنَّ ذلك في معنى الجزيةِ، وأمَّا إذا جاشَ بهم جيشُ الإسلامِ وجنودُه ثُمَّ أخذوا المالَ فإنه يكونُ غنيمةً يخمسُ ويقسَّمُ الباقي بينهم؛ لأنَّ ذلك المالَ مأخوذٌ بالقهرِ والغلبةِ معنىٰ فكان في معنى الغنيمةِ، وهٰذِه المسألةُ من الزوائدِ[٢].

قال: (ولا يجوزُ دفعُ المالِ إليهم ليوادعوه إلَّا لخوفِ الهلاكِ).

إذا حاصرَ الأعداءُ المسلمين فطلبَ المسلمون موادعتهم علىٰ مالٍ يدفعونه إليهم لم يجز؛ لما في ذلك من إلحاق العار والمذلةِ (والمسألة)[٣] للمسلمين إلَّا أن يخافَ الإمامُ هلاكَ المسلمين، فيجوز ذلك دفعًا

---

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «السير الكبير» ٥/ ٢٥-٢٧، و«الهداية» ٢/ ٤٣٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٥، و«البحر الرائق» ٥/ ٨٥.

(٣) من (ب).

للهلاكِ عنهم بالقدرِ الممكنِ، وهٰذِه من الزوائد[١].

قال: (ويوادعُ المرتدين بغيرِ مالٍ فإن أخذَهُ لم يرده).

أمَّا جوازُ الموادعةِ للمرتدين فللنظرِ في أمرِهِم؛ لأنَّ الإسلامَ مرجوٌّ منهم، فالتأخيرُ لتوقع الإسلامِ منهم جائزٌ، وأمَّا أنه لا يأخذُ منهم مالًا؛ فلأنَّهُم ليسوا من أهلِ الجزيةِ علىٰ ما يبين إن شاء اللهِ، ولو كان أَخذَ منهم مالًا لا يردُّهُ إليهم؛ لأنَّه ليس بمالٍ معصومٍ، فلا يجبُ ردُّه، وهاتان[٢] من الزوائد[٣].

قال: (ويكرهُ بيعُ السلاحِ والكراعِ والحديدِ من أهلِ الحربِ وتجهيزِهِ إليهم قبلَ الموادعةِ وبعدها).

أمَّا بيعُ السلاحِ: فلما روي من نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيعِ السلاحِ من أهلِ الحربِ وحملِه إليهم[٤]؛ ولأنَّ في ذلك تقويةً لهم علىٰ قتالِ أهلِ الإسلامِ، وفي معناه الكراع أيضًا، والحديد أصلُ السلاحِ، والتنبيه عليه من الزوائد، وأما الكراهةُ قبلَ الموادعةِ فظاهرٌ؛ لأنهم حربٌ وكذا بعدها؛ لأنَّها علىٰ شرفِ الٱنتقاضِ بنبذِ العهدِ إليهم أو علىٰ شرفِ ٱنقضاءِ المدَّةِ، فكانوا حربًا أيضًا، وكان القياسُ اطرادُ ذلك في

---

(١) «السير الكبير» ٥/ ١٧-١٩، و«المبسوط» ١٠/ ٨٧، و«البحر الرائق» ٥/ ٨٥.

(٢) في (ب): (وهو).

(٣) «الهداية» ٢/ ٤٣٠-٤٣١، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٤٦، و«البحر الرائق» ٥/ ٨٦.

(٤) روى البزار في «مسنده» ٩/ ٦٣ (٣٥٨٩) من حديث عمران بن حصين أن النبي ﷺ نهىٰ عن بيع السلاح في الفتنة، وقال الهيثمي في «المجمع» ٧/ ٢٩٠: فيه بحر بن كنيز السقاء، وهو متروك. وانظر «الدراية» ٢/ ١١٧ (٧٠٥).

الثيابِ والطعامِ إلَّا أنَّه ثابتٌ بالنصِّ علىٰ خلافِ القياسِ فإنه ﷺ أمرَ ثمامةَ[١] أنْ يميزَ أهلَ مكةَ وهم حربٌ عليه[٢]، والضميرُ في (تجهيزِهِ) بمعنىٰ ذلك إعادةٌ له إلىٰ جميعِ ما تقدم، والضميرُ بمعنى الإشارةِ، وأراد بقوله ﷺ: «**واجعله الوارثَ منَّا**»[٣] بعدَ قولِهِ: «**متِّعْنَا بأسماعِنَا وأبصارِنَا وقوتِنَا**» ولقوله تعالىٰ: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا﴾ [النساء: ٤] بعدَ ذكرِ الصدقاتِ قال صاحبُ «الكشاف»[٤]: الضميرُ في ﴿مِنْهُ﴾ جارٍ مجرى اسمِ الإشارةِ كأنَّه قيل عن شيء من ذلك كما قال تعالىٰ: ﴿قُلْ أَؤُنَبِّئُكُم بِخَيْرٍ مِّن ذَٰلِكُمْ﴾ [آل عمران: ١٥] بعد ذكرِ الشهواتِ[٥].

قال: (وإذا أمن حرٌّ أو حرةٌ كافرًا أو حصنًا أو مدينةً (امتنع قتالُهم إلَّا بعدَ أنْ يكون فيه مفسدةٌ فينبذُ إليهم ويؤدبه[٦])).

إذا حاصرَ أهلُ[٧] الإسلامِ مدينةً أو حصنًا[٨] فأمنهم رجلٌ حرٌّ أو امرأةٌ حرَّةٌ، أو أمن كافرًا أو جماعةً منهم صحَّ الأمانُ وامتنعَ القتالُ؛ لقوله ﷺ:

---

(١) ثمامة بن أثال بن النعمان الحنفي أبو أمامة اليمامي الصحابي، كان سيد أهل اليمامة، وقد حاصر أهل مكة اقتصاديًا ولما ارتد أهل اليمامة في فتنة مسيلمة ثبت هو علىٰ إسلامه وقاتل المرتدين من أهل البحرين، وقتل غيلة سنة ١٢هـ.
انظر «الاستيعاب» ١/ ٢٨٧ (٢٨٢)، و«الإصابة» ١/ ٢٠٣ (٩٦١).

(٢) ذكره ابن هشام في «السيرة» ٤/ ٣١٦-٣١٧. وانظر حديث ثمامة في البخاري (٤٣٧٢) ومسلم (١٧٦٤).

(٣) رواه الترمذي (٣٥٠٢). (٤) «الكشاف» ١/ ٤٧٠.

(٥) «السير الكبير» ٤/ ١٨٢-١٨٣، و«المبسوط» ١٠/ ٨٨-٨٩، و«الهداية» ٢/ ٤٣١، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٥-٣٦٦، و«اللباب» ٤/ ١٢٣.

(٦) في (ج): (ويؤدبهم).

(٧) من (ج).

(٨) ساقط من (ب).

«المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعىٰ بذمتهم أدناهم»[١]، يريدُ أقلَّهم وهو الواحدُ؛ ولأنَّ من أمنهم من أهلِ القتالِ والمنعةِ فكان مخوفًا، فكان أمانُهُ معتبرًا لملاقاتِهِ محله، ثم يتعدىٰ ذلك إلىٰ مَنْ سواه؛ ولأن السببَ -وهو الإيمانُ- غيرُ منجزٍ فكذا الأمانُ، ثم ٱستثنىٰ في الكتابِ أنْ يكونَ في أمانِهِ مفسدةٌ يراها الإمامُ فينبذُ الإمامُ إليهم، كما لو كان هو الذي أمنهم ثم رأى المصلحة في النبذِ إليهم فإنه يفعلُ، كذا هٰذا، ويؤدبُ الإمامُ الواحدَ من الحبس إذا أمن من حاصره الإمام وفي أمانِهِ مفسدة؛ لأنه مفتات علىٰ رأي الإمام نجلاف ما إذا كان في أمانه نظرٌ فإنه يكونُ معذورًا؛ لفواتِ المصلحةِ بالتأخيرِ، والإشارةُ إلى التأديبِ من الزوائدِ[٢].

قال: (ولا يصحُّ أمانُ ذميٍّ ولا أسيرٍ ولا تاجر فيهم ولا مسلم عندهم وهو فيهم).

أما الذميُّ فلا يصحُّ أمانُه؛ لأنَّه متهمٌ ولعدمِ ولايته على المسلمِ ولا تنتقصُ هٰذِه العلةُ -أعني: التهمة- بالعبدِ المأذون له في القتالِ؛ حيثُ يصحُ أمانُه مع كونِه متهمًا بإيصالِ النفعِ إلىٰ أقاربِه دونَ المسلمينَ؛ ولأنه لا يُظنُّ بالمسلمِ إيثارُ أقاربِه الكفارِ على الدينِ وأهلِه، وأما الأسير والتاجر فيهم فلأنهما مقهورانِ تحتَ أيديهم فلم يكونا مخوفين فلا يتحقق

---

(١) رواه ابن ماجه (٢٦٨٣) من حديث ابن عباس، ورواه البخاري (٣١٧٩)، ومسلم (١٣٧٠) من حديث علي بن أبي طالب بلفظ: «**ذمة المسلمين واحدة يسعىٰ بها أدناهم**».

(٢) «السير الكبير» ١/ ١٧٥-١٧٦، و«الهداية» ٢/ ٤٣١، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٦-٣٦٧، و«اللباب» ٤/ ١٢٦.

منهما الأمانُ؛ لاختصاصِ الأمانِ بمحل الخوفِ، ولعلهما يجبران على الأمانِ فيعرىٰ عن المصلحةِ؛ ولأنه لو فتحَ لهم بابَ الأمانِ من أسيرٍ وتاجرٍ يدخلُ عليهم لانسدَّ بابُ الفتحِ للمسلمينَ عليهم فيؤدي إلىٰ هدم ركن الجهاد الماضي إلىٰ يومِ القيامةِ، وكذلك الحالُ فيمن أسلمَ عندهم ولم يهاجر إلىٰ دارِ الإسلامِ، وهو معنىٰ قولِه: (وهو فيهم) أي: لم يخرج من دارِ الحربِ[(١)].

قال: /١٦٧ب/ **(وكذا العبدُ المحجورُ وأجازه، ويوافقهما في روايتين)**.

أمانُ العبدِ المحجورِ عليه -أي: الذي لم يؤذن له في القتالِ- غيرُ معتبرٍ عند أبي حنيفة[(٢)] رَحِمَهُ اللَّهُ وقال محمد رَحِمَهُ اللَّهُ: هو معتبرٌ. وهو قول الشافعي[(٣)] رَحِمَهُ اللَّهُ، وأبو يوسف[(٢)] في روايةٍ مع أبي حنيفة[(٢)]، وفي روايةٍ مع محمد[(٢)] رَحِمَهُ اللَّهُ، والتنبيه علىٰ قوليه من الزوائدِ.

لمحمدٍ[(٢)] أنه يؤمنُ من أهل المنعةِ فيصح أمانهُ، أما اعتبارُ الإيمانِ فلأنه شرطُ العبادة والجهادُ عبادةٌ، وأما اعتبارُ المنعةِ فليتحقق بها إزالةُ الخوفِ، ووجه تأثرِ هٰذِه العلةِ إعزازُ الدينِ ورعاية المصلحةِ لجماعة المسلمين، فإنَّ الكلامَ في مثل هٰذِه الحالةِ أَىٰ من المصلحة. وإنما لم

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤٣١، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٤٧، و«اللباب» ٤/ ١٢٦.

(٢) «السير الكبير» ١/ ١٧٧-١٧٨، و«الهداية» ٢/ ٤٣٢، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٧، و«إيثار الإنصاف» ص٤٥٠-٤٥١، «اللباب» ٤/ ١٢٦-١٢٧.

(٣) «الأم» ٧/ ٣٥٠-٣٥١، و«الوجيز» ٢/ ١٩٤، و«روضة الطالبين» ٧/ ٤٧٢، و«غاية البيان» ص٣١٠.

يملك المسايفةَ[١]؛ لاشتمالِه علىٰ تعطيلِ مصالحِ المولىٰ ومنافعِه فمنع منه، ولا تعطيلَ في القولِ فجاز. واعتبارًا بالمؤيدِ من الأمانِ -أعني: (الجزية)[٢]- ولأبي حنيفة[٣] رَحِمَهُ اللَّهُ أنه عبدٌ محجورٌ عن القتالِ فلم يصح أمانُه؛ وهٰذا لأنه إذا لم يكن من أهلِ القتالِ لم يكن مخوفًا عندهم، والأمانُ يستدعي محلَ الخوفِ بخلافِ المأذونِ له في القتالِ؛ لأنه مخوفٌ. وإنما لم يملك المسايفةَ؛ لأنه تصرفَ في حقِّ مولاه علىٰ وجهٍ لا يخلو عن ٱحتمالِ إلحاقَ ضررٍ به، والأمانُ تصرفٌ في حقه علىٰ مثلِ ذلك؛ لجوازِ أن يخطئ في الأمانِ بل هو الظاهرُ، وفي ذلك ينسدُّ بابُ الاستغنام[٤] ولا كذلك الحالُ في المأذونِ لرضا المولىٰ ولقلة الخطأ بواسطةِ مباشرةِ القتالِ، وهٰذا بخلافِ (المؤيدِ)[٥] من الأمانِ؛ لأنَّ ذلك خلف عن الإسلامِ، فكان كالدعوةِ إليه؛ ولأنه أمانٌ يقابل بالجزيةِ؛ ولأنه مفروضٌ عند المسألةِ، وإسقاط الفرضِ يقع وليس فيه شائبةُ ضررْ فافترقا، وأمانُ الصبيِّ الذي لا يعقل غيرُ صحيحٍ كالمجنونِ، وأمانُ الصبيِّ العاقلِ وهو محجورٌ عن القتالِ مختلفٌ فيه كالعبدِ المحجورِ، والصبيُّ المأذونُ له فيه أمانه معتبر بالإجماعِ في الأصحِّ[٦].

---

(١) المسايفة: المجالدة وتسايفوا تضاربوا بالسيف. «الصحاح» ٥٢٨ مادة سيف.

(٢) في (ب) و(ج): (الحرية).

(٣) «السير الكبير» ١/ ١٧٧-١٧٨، و«الهداية» ٢/ ٤٣٢، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٧-٣٧٧، و«إيثار الإنصاف» ص٤٥٠-٤٥١، و«اللباب» ٤/ ١٢٦-١٢٧.

(٤) في (ب): (الاستعانة). (٥) في (ج): (المرتد).

(٦) «السير الكبير» ١/ ١٧٧-١٧٨، و«الهداية» ٢/ ٤٣٢، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٧-٣٧٧، و«إيثار الإنصاف» ص٤٥٠-٤٥١، و«اللباب» ٤/ ١٢٦-١٢٧.

فصل في الغنائم وقسمتها

قال: (وإذا فتحَ الإمامُ بلدةً عنوةً قسمها إن شاء، وإلا نجيز وضعَ الخراجِ والجزية علىٰ أراضيهم وعليهم، ويقسم المنقولُ، ويقتل الأسارىٰ أو يسترقهم، أو يتركهم. أهلَ ذمة، ولا يردهم إلىٰ دارِ الحربِ، والإمامُ لا يفادي بهم، وأجازاه بأسارى المسلمين ولا نجيزه بالمالِ في المشهورِ ولا المن عليهم).

إذا فتحَ الإمامَ بلدةً عنوةً -يعني: قهرًا- فهو بالخيارِ عندنا[1] بين أن يقسِّمَها بين الغانمينَ؛ فإنَّ رسولَ الله ﷺ فعل كذلك في خيبرَ[2]، وإن شاء أقر أهلها عليها ووضعَ علىٰ أراضيهم الخراجَ ووضعَ علىٰ رؤوسهم الجزيةَ، فإنَّ عمرَ رضي الله عنه فعل ذلك في سوادِ العراقِ حين ٱفتتحها[3]، وكان ذلك بموافقةِ الصحابة رضي الله عنهم، وفي كلٍّ من الفعلينِ قدوةٌ فيتخير الإمامُ في ٱعتمادِ أيهما شاءَ، وقد قيل إنَّ القسمةَ أولىٰ عند حاجةِ الغانمينَ، والثاني عند ٱستغنائِهم؛ لتكون عدةً وذخيرةً، وهٰذا في العقارِ لا في المنقولِ؛ لعدمِ ورودِ الشرعِ فيه؛ فيقسَّمُ المنقولُ بين الغانمينَ، وهو من الزوائدِ.

---

(١) «السير الكبير» ٣/ ١١٢-١١٣، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٦٠-٤٦١، و«مختصر الطحاوي» ص٢٨٥، و«المبسوط» ١٠/ ٣٥-٣٧، و«الهداية» ٢/ ٤٣٢-٤٣٣، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٨-٣٦٩.

(٢) رواه البخاري (٢٣٣٤).

(٣) رواه ابن سعد في «الطبقات» ٣/ ٢٥٥، وانظر: «الدراية» ٢/ ١١٩ .

وأما (قرارُ[١] العقارِ علىٰ أهلهِا كما وصفنا فمذهبنا[٢][٣])، وقال الشافعي[٤] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ليسَ له ذلك؛ لأنها صارت للغانمينَ بواسطةِ استيلائِهم[٥] وقهرهم فلا يجوزُ أخذهُا منهم، وقد وجد سببُ الاستحقاقِ ودفعها إلىٰ أهلِ البلدةِ من غيرِ بدلٍ يعادله، والخراجُ لا يعادله لقلتهِ، وهٰذا بخلافِ الرقابِ؛ لأنَّ له إبطالَ حقِّ الغانمينَ فيهم بقتلهم فيكون له[٦] وضعُ الجزيةِ عليهم.

ولنا[٧]: أنه ﷺ فتحَ مكةَ عنوةً وقهرًا وتركها علىٰ ملكِهم منًّا عليهم.

فإن قيلَ: بل فتحت صلحًا؛ لأنَّ أهلَها لم يقاتلوه؛ بدليلِ قولِه تعالىٰ: ﴿ لَتَدْخُلُنَّ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ إِن شَآءَ ٱللَّهُ ءَامِنِينَ ﴾ [الفتح: ٢٧] ومتىٰ قوتلَ المسلمونَ عند دخولِها لا يكونون آمنينَ. قلنا: النقلُ[٨] المستفيضُ بأنها فتحت عنوةً مشهورٌ ومؤكدٌ؛ وهو قوله تعالىٰ: ﴿ وَهُوَ ٱلَّذِى كَفَّ أَيْدِيَهُمْ عَنكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ عَنْهُم بِبَطْنِ مَكَّةَ مِنۢ بَعْدِ أَنْ أَظْفَرَكُمْ عَلَيْهِمْ ﴾ [الفتح: ٢٤] والظفرُ دليلٌ علىٰ فتحها

---

(١) في (أ): (قرار).
(٢) «السير الكبير» ٣/ ١١٢-١١٣، و«مختصر الطحاوي» ص٢٨٥، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٤٦٠-٤٦١، و«المبسوط» ١٠/ ٣٥-٣٧، و«الهداية» ٢/ ٤٣٢-٤٣٣، و«الاختيار» ٤/ ٣٦٨-٣٦٩.
(٣) من (ب).
(٤) «المهذب» ٢/ ٢٤٧، و«التنبيه» ص٢٣٥، و«الوجيز» ٢/ ١٩٢-١٩٣، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٣٦-٣٣٨، و«حلية العلماء» ٧/ ٦٧٧-٦٧٨.
(٥) في (ب): (إسلامهم).
(٦) من (ب) و(ج).
(٧) «السير الكبير» ٣/ ١١٢-١١٤، و«المبسوط» ١٠/ ٣٧-٤٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٤٨-٢٤٩، و«البحر الرائق» ٥/ ٨٩، و«اللباب» ٤/ ١٢٣-١٢٤.
(٨) في (ب): (النص).

عنوةً ومؤكدٌ بتعليقِه ﷺ الأمانَ بدخولِ دارِ أبي سفيانَ، وبالتعليقِ بأستارِ الكعبةِ وبإلقاءِ السلاحِ بقوله ﷺ: «**من دخلَ دارَ أبي سفيانَ فهو آمن، ومن تعلق بأستارِ الكعبةِ فهو آمن، ومن ألقى السلاحَ فهو آمن**»[1]، وأنه دليلٌ على الفتحِ عنوةً.

وقوله ﷺ: «**إن مكة حرامٌ إلىٰ يومِ القيامةِ لم تحل لأحدٍ قبلي ولا تحلُ لأحدٍ بعدي، وإنما أحلت لي ساعةً من نهارٍ**»[2].

وأنه واضحُ الدلالةِ علىٰ فتحِها عنوةً، وفي فعل عمرَ ﷺ بسوادِ العراقِ قدوةٌ؛ ولأنَّ في ذلك نظرًا؛ لأنَّ أهلَها ينزلونَ منزلةَ الأكرةَ[3] العاملين للمسلمينَ العالمينَ بوجوهِ الزراعاتِ مع ٱرتفاعِ المؤنِ عنهم. والخراجُ وإن قلَّ في الحالِ، لكنه جليلٌ باعتبارِ الدوامِ وانتفاعِ من بعدهم من القرونِ الآتيةِ بذلك، وإذا مَنَّ عليهم الإمامُ برقابِهم وأراضيهم دَفَع إليهم مِنْ المنقولاتِ ما يستعينون به على العملِ ليخرجَ عن حدِّ الكراهةِ.

وهو في الأسارىٰ مخيرٌ بين ثلاثةِ أشياءَ: إمَّا أن يقتلَهم فإنَّه ﷺ قَتَلَهم[4]؛ ولأنَّ في قتلِهم تقليلًا لمادةِ الفسادِ والكفرِ، وإمَّا أن يسترقَهم؛ لأنَّ في ٱسترقاقِهم دفعًا لشرِّهم مع ٱنتفاعِ المسلمين بهم، وإمَّا أن يتركَهم أحرارًا ذمةً للمسلمين يضع عليهم الخراجَ لما مرَّ إلَّا مشركي العرب حيثُ لا يُقبل منهم إلَّا الإسلامُ أو السيفُ /١٦٨أ/.

---

(١) رواه مسلم (١٧٨٠).

(٢) رواه البخاري (١٠٤)، ومسلم (١٣٥٤).

(٣) في (ج): (الأكار).

(٤) يدل عليه حديث أنس أن رسول الله ﷺ أمر بقتل ابن خطل وهو متعلق بأستار الكعبة، رواه البخاري (١٨٤٦) ومسلم (١٣٥٧)، وانظر «الدراية» ٢/ ١١٩ (٧١٠).

وكذلك المرتدون كما يأتي إن شاءَ الله تعالىٰ، ولا يجوزُ رَدُّهُم إلىٰ دارِ الحربِ؛ لأنَّ في رُجُوعِهِم إلىٰ دارِهِم تقويتَهُمُ وتقويةَ المشركين بهم وفي ذلك عونٌ على المسلمين، فلا يجوزُ.

ولو أَسلَمَ الأسارى ٱمتنعَ قتلُهُم لاعتصامِهِم بالإسلامِ، وله أنَّ ٱسترقَاقَهُم بعد الإسلامِ؛ لانعقادِ سببِ الملكِ وهو الٱستيلاءُ عليهم؛ توفيرًا للمنفعةِ على المسلمين، ولو كانوا أسلموا قبلَ أنْ يؤخذوا فليسَ له الٱسترقاقُ؛ لعدمِ ٱنعقادِ السببِ.

ولا يجوزُ للإمامِ أنْ يفادي بالأسارىٰ أي لا يعطي الكفارَ أساراهم ويستنقذُ بهم أسارى المسلمين من أيديهِم، وهٰذا عندَ أبي حنيفة[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا[1]: يجوزُ ذلك -أعني: مفاداةَ الأسارىٰ بأسارى المسلمين- وإنما خصَّ ذلك في الكتابِ تحرزًا عن جوازِ المفاداةِ بالمالِ عندهما[1]، فإنه لو (أُطلقَ جوازُها)[2] عندهما لدخل فيه ذلك، وهو مذهبُ الشافعي[3] رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وقد صرَّحَ به مِن بعدُ فقال: ولا نجيزُهُ بالمالِ.والضميرُ قائمٌ مقامَ الإشارةِ أي ولا نجيزُ ذلك بالمالِ، وهٰذا هو مشهورُ المذهبِ، والتنبيهُ عليه من الزوائدِ.

وقال محمد[4] رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «السير الكبير»: لا بأسَ به إذا كان بالمسلمين إلىٰ ذلك حاجةٌ ٱستدلالًا بأسارىٰ بدرٍ، وكذلك لا يجوزُ عليهم المنُّ عندنا[3].

---

(١) «السير الكبير» ٤/ ٢٦٩-٣٠٠، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٧٨، و«المبسوط» ١٠/ ١٣٨-١٤٠، و«فتح القدير» ٥/ ٤٧٣-٤٧٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٤٨-٢٤٩.

(٢) في (ب): (ألحق جوازهما).

(٣) «المهذب» ٢/ ٢٣٧، و«التنبيه» ص٢٣٣-٢٣٤، و«روضة الطالبين» ٧/ ٤٥٠-٤٥١، و«غاية البيان» ص٣١٢.

(٤) «السير الكبير» ٤/ ٣٠٠.

وقال الشافعيُّ[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: نجوِّزُ الأمرين. له قوله تعالىٰ: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾ [محمد: ٤] أي: فإمَّا تمنون وإمَّا تفدون، واعتبارًا للمفاداةِ بالمال[٢] بالمفاداةِ بالأسيرِ المسلمِ.

وله: في جوازِ المنِّ ما فعله ﷺ من المنِّ علىٰ بعضِ الأسارىٰ يومَ بدرٍ[٣].

ولنا: قولهُ تعالىٰ: ﴿وَٱقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [النساء: ٨٩] وهٰذا ناسخٌ لما رواه؛ ولأنَّ حقَّ الغانمين في الأسيرِ الكافرِ ثابتٌ بسببِ القهرِ والغلبةِ، فلا يجوزُ إسقاطُهُ بغيرِ منفعةٍ ولا عِوض، وما رواه منسوخٌ بما تلوناه، ولهما في جوازِ مفاداةِ الأسارىٰ بالأسارىٰ أنَّ في ذلك تخليصَ المسلم من يدِ الكافرِ واستنفاذَهُ من إذلالِهِ، وذلك أولىٰ من قتلِ الكافرِ والانتفاعِ به، وله أنَّ في المفاداةِ إعانةً لأعداءِ الدينِ وتقويةً لهم بعودِ الأسارىٰ إليهم حربًا، ودفعُ شرِّ الحرابِ أولىٰ من ٱستنقاذِ الأسيرِ المسلمِ، فصار الأمرُ أنَّ بقاءَهُ في أيديهم ٱبتلاءٌ من الله تعالىٰ له غيرُ مضافٍ إلىٰ أفعالنا، والإعانةُ على المسلمين بدفعِ أعدائِهم إلىٰ مراكزهم مضافٌ إلىٰ فعلنا فلا يجوزُ[٤].

---

(١) «المهذب» ٢/ ٢٣٧، و«التنبيه» ص٢٣٣-٢٣٤، و«روضة الطالبين» ٧/ ٤٥٠-٤٥١، و«غاية البيان» ص٣١٢.

(٢) من (ب).

(٣) رواه أبو داود (٢٦٩٢) من حديث عائشة في قصة أبي العاص بن الربيع والحديث حسنه الألباني. ٱنظر: «صحيح أبي داود» ٨/ ٢٦-٢٧ (٢٤١١).
وللبخاري (٣١٤٤) عن ابن عمر في منِّ رسول الله ﷺ علىٰ سبي حنين.

(٤) «السير الكبير» ٤/ ٢٦٩-٣٠٠، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٧٨، و«المبسوط» ١٠/ ١٣٨-١٤٠، و«فتح القدير» ٥/ ٤٧٣-٤٧٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٤٨-٢٤٩.

قال: (وإذا تعذرَ نقلُ المواشي في العودِ فلا يتركها ولم يقتصروا علىٰ عقرِهَا فتُذبَح ثم تُحرقُ).

إذا عاد الإمامُ بالجيشِ والغنيمةِ من دارِ الحربِ ومعه مواشٍ لم يقدرْ علىٰ نقلِهَا إلىٰ دارِ الإسلامِ، قال أصحابُنَا رحمهم الله يذبحُهَا ثمَّ يحرقُهَا[1].

وقال الشافعيُّ[2] رحمه الله: يتركها.

وقال مالكٌ[3] رحمه الله: يعقرها؛ لئلا ينتفعَ بها مَنْ بعدهم من أهلِ الحربِ.

وللشافعي[4] رحمه الله نهيُهُ ﷺ عن ذبحِ الشاةِ إلَّا لمأكلةٍ.

ولنا[1]: أنَّ ذبحَ الحيوانِ لغرضٍ صحيحٍ جائزٌ، وفي ذبحِهَا كسرُ شوكةِ الأعداءِ وإعدامُهِم هٰذِه المنفعةَ المرغوبَ فيها، وإنما تحرقُ بعدَ الذبحِ قطعًا لمادةِ الأنتفاعِ بها، وينزلُ هٰذا منزلةَ تخريبِ البنيانِ بخلافِ التحريق قبلَ الذبحِ لمكانِ النهيِ عن تعذيبِ الحيوانِ وفي العقر مثلُهُ، وهي منهيٌّ عنها، والأسلحةُ يحرقُ منها ما يحترق، ومالا يحترقُ يدفنُ في مواضعَ لا يهتدي إليها الكفارُ لينقطعَ أنتفاعُهُم بها[1].

---

(١) «السير الكبير» ٤/ ٢٢٩، و«المبسوط» ١٠/ ٣٧، و«الهداية» ٢/ ٤٣٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٧٠، و«اللباب» ٤/ ١٢٤.

(٢) «الأم» ٧/ ٣٥٥-٣٥٦، و«التنبيه» ص٣٣٤، و«المهذب» ٢/ ٢٤٢، و«الوجيز» ٢/ ١٩١، و«روضة الطالبين» ٧/ ٤٥٦.

(٣) «الكافي» ص٢٠٨، و«المدونة» ١/ ٣٩٩.

(٤) «الأم» ٧/ ٣٥٥-٣٥٦، و«التنبيه» ص٣٣٤، و«المهذب» ٢/ ٢٤٢، و«الوجيز» ٢/ ١٩٢، و«روضة الطالبين» ٧/ ٤٥٦.

قال: (**ولا تُقسمُ غنيمةً إلَّا في دارنا**).

قسمةُ الغنائمِ لا تجوزُ في دارِ الحربِ وإنما تقسمُ في دارِ الإسلامِ.

وقال الشافعي[(١)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا بأسَ بقسمتِهاَ في دارِ الحربِ.

والأصلُ أنَّ الملكَ عندنا[(٢)] لا يثبتُ للغانمين قبلَ الإحرازِ بدارِ الإسلامِ، وعندَهُ[(١)] يثبتُ.

له: أنَّ سببَ الملكِ قد تحقَّقَ وهو الاستيلاءُ علىٰ مالٍ مباحٍ بإثباتِ اليدِ عليه كما في الصيود فصحَّ التصرفُ فيه.

ولنا[(٢)]: أنَّه عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ نهىٰ عن بيعِ الغنائمِ في دارِ الحربِ، والخلافُ ثابتُ في البيعِ، والقسمةُ من حيثُ المعنىٰ بيعٌ فيتناولُها[(٣)] النهيُ ولأنَّ سببَ الملكِ لم يتم؛ لأنَّ الاستيلاءَ هو إثباتُ اليدِ الحافظةِ والناقلةِ، واليد الناقلة غير موجودة لقدرة أولئك علىٰ الاستنقاذِ[(٤)] والدار دارهم وهٰذِه الإضافةُ إلينا وإليهم مبنيَّةٌ علىٰ قوةِ الشوكةِ، ولهٰذا فإنَّ الإمامَ يحلُّ له أن يرجعَ ويتركَ هٰذِه البقعةَ المنسوبةَ إليهم؛ وليس ذلك إلَّا لعجزِهِ عن المقامِ بين ظهرانيهم مع قوتِهِم، وإذا كان كذلك كانتِ الغنائمُ في أيديهِم حكمًا، فإذا نقلت[(٥)] إلىٰ دارِ الإسلامِ تمَّ الاستيلاءُ فيثبت الملكُ.

---

(١) «الأم» ٧/ ٣٥١-٣٥٢، و«المهذب» ٢/ ٢٤٥، و«روضة الطالبين» ٧/ ٣٣٥، و«حلية العلماء» ٧/ ٦٨٦، و«غاية البيان» ص٣٠٨.

(٢) «السير الكبير» ٣/ ١١٦-١١٧، و«المبسوط» ١٠/ ٣٢-٣٣، و«الهداية» ٢/ ٤٣٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٧١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٠-٢٥١.

(٣) في (ب): (فيشاركها).

(٤) في (ب): (الاستعلاء).

(٥) في (ج): (بلغت).

ثم ٱختلف في أنَّ موضعَ الخلافِ في هٰذِه المسألةِ هل هو ترتيبُ أحكامِ القسمةِ عليها إذا صدرتْ عن الإمامِ من غيرِ ٱجتهادٍ أو الكراهةِ؟ فقال بعضُهم: هو ترتبُ الأحكامِ فإنَّ حكمَ الملكِ لا يثبتُ بدون ثبوتِ الملكِ، وقيل: بل هو الكراهةُ. فعند محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ هو كراهةُ تنزيهٍ فإنَّه قال: (لا تجوزُ)[1] القسمةُ عند أبي حنيفةَ[2] وأبي يوسفَ[2] رحمهما الله في دارِ الحربِ.

وعند محمدٍ[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ الأفضلُ أنْ تقسَّمَ في دارِ الإسلامِ؛ لأنَّ دليلَ بطلانِ القسمةِ، وإن كان راجحًا غير أنَّه متعاقدٌ عن سلبِ الجوازِ إذا فعله الإمامُ عن ٱجتهادٍ فيورث الكراهة، وبيان أنَّ الٱختلافَ واقعٌ في سببِ جوازِ القسمةِ وهو الملكُ أنَّه هل يتم بنفسِ الأخذِ أم لا؟ فإذا أنفذه /١٦٨ب/ الإمامُ باجتهادِه كان صحيحًا، كما لو قضىٰ بشاهدةِ الأعمىٰ والمحدودِ في القذفِ.

وقيل: المذهبُ هو الكراهةُ دون بطلانِ القسمةِ لما في القسمةِ من قطعِ شركةِ المددِ فتقلُّ رغبتُهم في اللحاقِ بالجيشِ؛ ولأنَّه إذا قسّمَ في دارِ الحربِ تفرقوا فيكون ذلك سببًا لأنْ يكرَّ العدو علىٰ بعضِهم وهٰذا أمرٌ وراء ما تتم به القسمةُ فلا يمنع جوازَها، ذكره شمسُ الأئمةِ في «المبسوط»[3].

---

(١) في (ب): (تجوز).

(٢) «الهداية» ٢/ ٤٣٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٧١، و«المبسوط» ١/ ٣٣-٣٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥١، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٠-٩١.

(٣) «المبسوط» ١٠/ ٣٤.

قال: (ويستوي الردءُ والمقاتلُ).

وذلك لاستوائِهم في السببِ الذي[1] هو مجاوزةُ الدربِ الفاصلِ بين دارِ الإسلامِ ودارِ الحربِ علىٰ قصدِ القتالِ؛ لتمكن الخوفِ والرعبِ في القلوبِ من حين مجاوزتِه فيعدون مقاتلين[2]، وعند الشافعي[3] رحمه الله: لاستوائِهم في السببِ الذي هو شهودُ الحربِ، وعلىٰ هٰذا إذا لم يقاتلْ لمرضٍ أو غيره للاستواء في السببِ.

قال: (ولو لحقَهم المددُ قبلَ إحرازِها فشاركُهم معهم ولو بعدَ القتالِ).

المددُ إذا لحقَ العسكرَ وهم في دارِ الحربِ قبل أن يخرجوا الغنائمَ إلىٰ دارِ الإسلامِ، شاركوهم فيه سواء ٱنقضى القتالُ أو لم ينقضْ[4].

وقال الشافعي[5] رحمه الله: لا يشاركونهم بعدَ ٱنقضاءِ القتالِ؛ ولذلك زادَ في الكتابِ قولَهُ: (ولو بعد القتالِ) لإيضاحِ موضعِ الخلافِ، وهٰذِه المسألةُ مبنيةٌ علىٰ أنَّ السببَ هو المجاوزةُ أو شهودُ الوقعةِ -وسنبين ذلك إن شاء الله تعالىٰ- وإنما ينقطعُ حقُّ المددِ عندنا من الشركةِ بالإحرازِ بدارِ الإسلامِ أو بقسمةِ الإمام الغنائمَ في دارِ الحربِ عن ٱجتهادٍ أو ببيعهِ إياها في

(١) من (ب).

(٢) «الهداية» ٢/ ٤٣٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٧٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥١، و«اللباب» ٤/ ١٢٥.

(٣) «التنبيه» ص٢٣٥-٢٣٦، و«المهذب» ٢/ ٢٤٧، و«حلية العلماء» ٧/ ٦٨٣، و«غاية البيان» ص٣٠٨.

(٤) «السير الكبير» ٣/ ١١٢-١١٣، و«مختصر الطحاوي» ص٢٨٥، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٢، و«إيثار الإنصاف» ص٤٣٦، و«اللباب» ٤/ ١٢٥.

(٥) «المهذب» ٢/ ٢٤٧، و«روضة الطالبين» ٧/ ٤٦٠، و«حلية العلماء» ٧/ ٦٨٤-٦٨٥.

دار الحربِ؛ لأنَّ بكل من هٰذِه الأشياءِ يتم الملكُ في الغنائمِ للغانمين فيقطعُ لذلكَ حقُّ شركةِ المددِ[٣].

قال: (ولا حقَّ لأهلِ السوقِ حتىٰ يقاتلوا).

لأنَّ السببَ الظاهرَ -وهو المجاوزةُ علىٰ قصدِ القتالِ- لم يوجد منهم ليضافَ الحكمُ إليه، فوجبَ اعتبارُ السببِ الحقيقي الذي هو القتالُ فيهم لمن قاتلَ علىٰ حسبِ حاله فارسًا أو راجلًا عند القتالِ[١] .

قال: (وإذا لم تكن حمولةٌ قسَّمها بينهم إيداعًا ثم يرتجعها في الدارِ فيقسمها).

لا يخلو إما أنْ يكونَ مع الإمام حمولة من المغنم أو لا يكون، فإن كان في المغنم حمولة حملَ الغنائمَ عليه؛ لأنَّها وما عليها مالهم، وإنْ لم يكن في المغنمِ حمولةٌ فإما إن كان في بيت المال أو لم يكن، فإن كانت في بيت المال حمولة حملَ عليها؛ لأنَّ ذلك مالُ المسلمين، وإن لم يكن فإن كان للغانمين أو لبعضهم ففيه روايتان: إحدى الروايتينِ وهي روايةُ «السير الصغير»: لا يحملُها عليها إلَّا برضاهم؛ لأنَّ ذلك ابتداءُ إجازةٍ فلا يجبرُ عليها. والروايةُ الثانيةُ وهي روايةُ «السير الكبير»[٢]: يحملُها جبرًا؛ لأنَّ في ذلك دفعُ الضررِ العامِ بتحملُ الضرر الخاصِّ[٣].

---

(١) «المبسوط» ١٠/ ٣٦، و«الهداية» ٢/ ٤٣٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٧٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥١، و«اللباب» ٤/ ١٢٥.

(٢) «السير الكبير» ٣/ ١٣٦-١٣٨.

(٣) «السير الكبير» ٣/ ١٣٦-١٣٧، و«المبسوط» ١٠/ ٣٦، و«الهداية» ٢/ ٤٣٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٧٢.

قال: (ولا تباع الغنائمُ قبل القسمةِ).

يعني: في دارِ الحربِ؛ لأنَّ البيعَ يستدعي سبقَ الملكِ ولا ملكَ قبلَ القسمةِ فلا يثبتُ حكمُه[1].

قال: (ومن ماتَ في دارِهم قبلَ إحرازِ الغنيمةِ لا نورثُ نصيبَهُ).

إذا ماتَ أحدُ الغانمينَ في دار الحربِ فلا حقَّ له في الغنيمةِ، وإذا ماتَ بعدَ إخراجها من دار الحربِ قبل إحرازِها بدارِ الإسلامِ فنصيبُهُ موروثٌ[2]، وقال الشافعيُّ[3] رَحِمَهُ اللهُ من ماتَ بعدَ ٱستقرارِ الغنيمةِ يورثُ نصيبُهُ. وهٰذا الخلافُ بناءً علىٰ ما أصَّلناهُ آنفًا، فالملكُ يثبتُ في الغنيمةِ عنده قبل الإحرازِ. وعندنا لا ملكَ إلَّا بعدَ الإحرازِ، والإرثُ لا يجري إلَّا بعدَ ثبوتِ الملك للمورثِ.

قال: (ولو وطيء مَسْبِيَّةً فولدت فادَّعاه لا نثبتُهُ).

إذا وطئ الغانمُ جاريةً من السبي[4] فولدت منه ولدًا فادَّعاه ثبتَ نسبُهُ منه عند الشافعي[5] رَحِمَهُ اللهُ وتصيرُ أمَّ ولدِهِ.

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤٣٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٧١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥١، و«اللباب» ٤/ ١٢٩.

(٢) «السير الكبير» ٣/ ١١٢-١١٣، و«مختصر الطحاوي» ص٤٤٢، و«الهداية» ٢/ ٤٣٥، و«اللباب» ٤/ ١٣.

(٣) «التنبيه» ص٢٣٥، و«المهذب» ٢/ ٢٥٠، و«الوجيز» ٢/ ١٩٣، و«غاية البيان» ص٣٠٩.

(٤) في (أ): (المسبي).

(٥) «مختصر المزني» ص٢٧٣، ٢٧٤، و«المهذب» ٢/ ٤٢٤، و«الوجيز» ٢/ ١٩٣، و«روضة الطالبين» ٧/ ٤٦٤-٤٦٥.

وعندنا[١]: لا يثبتُ النسبُ، وهٰذا بناءً علىٰ ما تقدَّم أيضًا، فعندنا لا ملكَ قبلَ القسمةِ، والإحرازُ وأمومِيةُ الولدِ وثبوتُ النسبِ من أحكامِ ثبوتِ الملكِ.

وعنده[٢]: يثبتُ الملكُ قبلَ ذلك فتثبتُ أحكامُهُ، ويلزمه العقرُ عندنا ويكون عقرَها وولدها، والجارية مقسومةٌ بين الغانمينَ.

قال: (ويورثُ إذا ماتَ بعد الإحرازِ).

إذا ماتَ الغانمُ بعدَ إحرازِ الغنيمةِ بدارِ الإسلامِ فتصيبُهُ موروثٌ، لاستقرارِ الملكِ له قبلَ الموتِ في الغنيمةِ فينتقلُ إلىٰ ورثتِهِ[٣].

قال: (ولا بأسَ بعلفِ العسكرِ وأكلِ ما وجدوه من طعامٍ واستعمال طيبٍ ودهنٍ وتوقيحِ دابةٍ والتقييدُ بالحاجةِ روايةٌ).

علفُ العسكرِ ودوابِهم في دارِ الحربِ وأكلهُم ما وجدوه من الطعامِ لا بأسَ به مطلقًا في روايةٍ، وفي روايةٍ أخرىٰ زادها في الكتابِ تقييدُ ذلك بالحاجةِ إليه، وجه هٰذِه الروايةِ أنه مشتركٌ فلا يباح من دونِ حاجةٍ، كما في الثيابِ والدوابِ.

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٤٧٤، و«فتح القدير» ٥/ ٤٧٨-٤٧٩، و«البحر الرائق» ٥/ ٩١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٠.

(٢) «مختصر المزني» ص٢٧٣، ٢٧٤، و«المهذب» ٢/ ٤٢٤، و«الوجيز» ٢/ ١٩٣، و«روضة الطالبين» ٧/ ٤٦٤-٤٦٥.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٨٥، و«الهداية» ٢/ ٤٣٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٧١، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٢، و«اللباب» ٤/ ١٣٠.

وجهُ المطلقةِ ما روي أنه ﷺ قال في طعامِ خيبرَ: «**كلوها واعلفوها ولا تحملوها**»[١]؛ ولأنَّ الحكمَ يدارُ علىٰ السببِ الظاهرِ عند خفاءِ السببِ الحقيقي، وكونُهم في دارِ الحربِ دليلُ حاجتِهم، لأنَّ الغازيَ لا يستصحبُ قوتَ نفسِهِ وعلفَ دابتِهِ مدةَ مقامِهِ وقد تنقطعُ الميرةُ /١٦٩أ/ فبقي علىٰ أصل الإباحة للحاجة، وليس كذلك السلاحُ لاستصحابهِ إياه، فلم يقمْ دليلُ الحاجةِ وقد تمسُّ إليه فيعتبرُ حقيقتُها فيستعملُهُ ثم يردُّه إلى المغنمِ عند الاستغناءِ عنه.

واستعمالُ الطيبِ وتوقيحُ الدابةِ من الزوائدِ؛ لمساسِ الحاجةِ إلىٰ جميعِ ذلك فيلحقُ بما قبلَهُ.

والتوقيحُ -بالواو-: تصليبُ حافرِ الدابةِ بالشحمِ المذابِ إذا حفي عن كثرةِ السير، وفي بعضِ نسخِ القدوري[٢]: (ويستعلموا الحطبَ) مكان: (يستعملوا الطيبَ). وكلا النسختينِ صحيحٌ[٣].

قال: (ويقاتلونَ بسلاحهم للحاجَةِ).

إذا لم يكن له سلاحٌ فلا بأسَ أنْ يقاتلَ بما يجده من سلاحٍ؛ لأنَّ الغالبَ أنَّ المقاتلَ يستصحبُ معه سلاحَهُ فلم يقمْ دليلُ الحاجةِ، فأديرَ الحكمُ علىٰ حقيقةِ الحاجةِ، وقد أطلقَ القدوري[٤] جوازَ الاستعمالِ،

---

(١) رواه البيهقي في «السنن» ٩/ ٦١ وفي «معرفة السنن» ١٣/ ١٨٩ من حديث عبد الله بن عمرو والحديث ضعف إسناده ابن حجر في «الدراية» ٢/ ١٢١.

(٢) «الكتاب» ٤/ ١٢١.

(٣) «السير الكبير» ٣/ ١٢٠، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٤٦٣-٤٦٤، و«المبسوط» ١٠/ ٣٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٧٢، و«فتح القدير» ٥/ ٤٨٤-٤٨٥.

(٤) «الكتاب» ٤/ ١٢١-١٢٢.

وصاحبُ «الهداية»[(١)] أوَّلَهُ بالحاجةِ فزدنا ذلك في الكتابِ[(٢)].

قال: (ولا يبيعوا من ذلك شيئًا).

لأنَّ البيعَ يترتبُ على الملكِ ولا ملكَ علىٰ ما قدَّمنا، وإنما ذلك علىٰ وجهِ الإباحةِ، ويدخلُ في إطلاقِ النهي عن البيعِ البيعُ بالذهبِ والفضةِ والعروض؛ لعدمِ الضرورةِ إلىٰ ذلك، وهو معنىٰ قولِ القدوري رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ولا يتموَّلوه[(٣)].

قال: (فإن بيعَ ردَّ الثمنُ إلى الغنيمةِ).

هٰذِه المسألةُ فرعٌ زائدٌ فلو باعَ أحدُهم منه شيئًا فإنه يردُّ الثمنَ إلى الغنيمةِ لأنَّ ثمنَهُ بدلُ عينٍ لجماعةِ الغانمينَ، وأمَّا الثيابُ والأمتعةُ فيكره الٱنتفاعُ بها قبلَ القسمةِ لغيرِ حاجةٍ بسببِ أنها مشتركةٌ بين الغانمينَ فإن ٱحتاجوا إليها في دارِ الحربِ قسَّمها الإمامُ بينهم؛ لأنَّ المحرَّمَ يصيرُ مباحًا للضرورةِ، فالمكروه أولى الٱستباحةِ عند الضرورةِ، والسلاحُ أيضًا يقسَّمُ عند الحاجةِ إليه، وأما السبيُ فإذا ٱحتاجوا إليه يقسَّمُ بينهم؛ لأنَّ الحاجةَ إليه من فضولِ الحوائج دون أصولها[(٤)].

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤٣٦.

(٢) «الهداية» ٢/ ٤٣٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٧٢-٣٧٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٢، و«اللباب» ٤/ ١٢١-١٢٢.

(٣) «السير الكبير» ٣/ ١٢٢-١٢٣، و«فتح القدير» ٥/ ٤٨٥، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٣، و«اللباب» ٤/ ١٢٢.

(٤) «السير الكبير» ٤/ ٣٨-٣٩، و«مختصر الطحاوي» ص٢٨٣، و«فتح القدير» ٥/ ٤٨٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٥٢، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٣-٩٤.

قال: (ومَنْ أسلمَ منهم في دارِهم أحرزَ نفسَهُ وولدَه الصغيرَ ومالَهُ الذي في يدهِ ووديعتَهُ في يدِ مسلم أو ذمي).

إذا أسلمَ من أهلِ الحربِ أحدٌ في دارِ الحربِ -وقوله: (في دارهم) من الزوائد- فقد أحرزَ بإسلامِهِ نفسَهُ؛ لأنَّ الاسترقاقَ أثرُ الكفرِ السابقِ، فالإسلامُ ينافي وضعَ الرق عليه ابتداءً وولدِهِ الصغيرِ، لأنَّ أولادَهُ الصغارَ حكمَ بإسلامِهم تبعًا لإسلامِهِ فيسحبُ عليهم حكمُ الإسلامِ بخلافِ أولادِهِ الكبارِ؛ لأنَّهم كفارٌ حربيون ولا تبعية ولا[١] ماله الذي في يدهِ؛ لقوله ﷺ: «**مَنْ أسلمَ علىٰ مالٍ فهو له**»[٢]؛ ولأنَّ يدَهُ عليه حقيقية وأيدي الظاهرينَ عليه حكمية، واليدُ الحقيقيةُ السابقةُ أولىٰ بالاعتبار، ووديعتُهُ التي في يدِ مسلمٍ أو في يدِ ذميٍّ؛ لأن يدَ المسلمِ أو الذمي يدٌ صحيحةٌ معتبرةٌ ويدُ المودِعِ يدُ المستودعِ حكمًا؛ لأنّها يدٌ حافظةٌ للمالكِ، وهما موصوفانِ بالعصمةِ[٣].

---

(١) في (ج): (دار).

(٢) رواه أبو يعلىٰ ١٠/ ٢٢٦-٢٢٧ (٥٨٤٧) من طريق مروان بن معاوية عن ياسين بن معاذ الزيات، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة بلفظ: «**من أسلم علىٰ شيء فهو له**».
ذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» ٥/ ٣٣٥ وقال: رواه أبو يعلىٰ وقيد ياسين بن معاذ الزيات، وهو متروك. وقال ابن حجر في «الدراية» ٢/ ١٢١: إسناده ضعيف.
وروىٰ سعيد بن منصور ١/ ٧٧ (١٨٩) من طريق عروة مرسلًا، وإسناده صحيح كما قال ابن حجر في «الدراية».

(٣) «السير الكبير» ٤١٥-١٦، و«مختصر الطحاوي» ص٢٨٩، و«المبسوط» ١٠/ ٦٦، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٤.

قال: (وإذا ظهرنا عليهم كانت زوجتُه وعبدُه المقاتلُ فيئًا).

أما الزوجةُ فلأنها كافرةٌ حربيةٌ وليست بتابعةٍ له في الإسلامِ فكانت فيئًا، وأما عبدُه المقاتلُ؛ فلأنَّه لما قاتلَ كان متمردًا علىٰ مولاه ملتحقًا بأهلِ الدارِ فكان تابعًا لهم[١].

قال: (وعقارُهُ فيءٌ، ووافق في روايةٍ وجعلَهُ له في أخرىٰ كالمنقولِ، ويوافقُ الأول في قولِهُ الثاني، والثاني في قولِهِ الأول).

إذا ظهرنا علىٰ دارِ الحربِ فعقارُ من أسلمَ فيهم فيءٌ في قولِ أبي حنيفةَ[٢] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وفي قولِ أبي يوسفَ[٣] الآخرِ، وفي قولِ محمدٍ[٤] رَحِمَهُ ٱللَّهُ في روايةٍ، وفي روايةٍ عن محمدٍ[٥]، وهو قولُ أبي يوسفَ[٦] الأولُ، وهو مذهبُ الشافعيُّ[٧] رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّ عقارَهُ له وليس بفيءٍ ٱعتبارًا بغيرهِ من الأموالِ واعتبارًا بالمنقولِ.

وقيل: هو بناءً علىٰ أنَّ اليدَ الحقيقيةَ لا تثبتُ على العقارِ عندهما، وعند محمدٍ[٨] رَحِمَهُ ٱللَّهُ تثبتُ.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٩٠، و«المبسوط» ١٠/ ٦٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٣، و«اللباب» ٤/ ١٢٢.

(٢) «المبسوط» ١٠/ ٦٦.

(٣) «اللباب» ٤/ ١٢٢.

(٤) «الهداية» ٢/ ٤٣٦-٤٣٧.

(٥) «البحر الرائق» ٥/ ٩٤.

(٦) «مختصر الطحاوي» ص٢٩٠.

(٧) «الأم» ٧/ ٣٦١-٣٦٢، و«روضة الطالبين» ٧/ ٤٦٩.

(٨) «تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٣.

ووجهٌ آخر في كونِ العقارِ فيئًا أنّ اليدَ على العقارِ إنما هي يدٌ حكميَّةٌ ودارُ الحرب ليست بدارِ الأحكامِ، فلا اعتبارَ ليدِهِ فيها قبلَ ظهورِ المسلمينَ عليها، وبعدَ ظهورهم يدُ الغانمينَ هي المعتبرةُ؛ لأنَّها أقوىٰ من يدِهِ فيها، وذكرَ الروايتينِ عن محمد[1] رَحِمَهُ اللهُ وقياسُه[2] على المنقولِ من الزوائدِ، والضميرُ في قولِهِ الثاني وقوله الأول لأبي يوسفَ[1]، ونعني بالأول أبا حنيفةَ[1] وبالثاني محمدًا[1] رحمهما الله؛ لأنَّهما مذكوران قبلَ قولِ أبي يوسفَ[1].

قال: (ووديعتُهُ في يدِ حربي فيءٌ، وما غصبَهُ وهو في يدِ مسلمٍ أو ذميٍّ فيءٌ ويوافقه في روايةٍ).

هاتان مسألتان:

الأولىٰ: إذا ظهرنا علىٰ دارِ الحربِ فما وجدناهُ في يدِ حربيٍّ لمن أسلمَ عندهم من مالٍ فهو فيءٌ سواء كان وديعةً أو غصبًا ولم يحتجْ إلىٰ ذكرِ الغصبِ في الكتابِ؛ لأنَّ المسألةَ الثانيةَ صرَّحَ فيها بأنَّ المغصوبَ في يد المسلم فيءٌ فكان في يدِ الحربي أولىٰ أن يكون فيئًا، و(هو)[3] العلةُ أنَّ يد الحربي ليست يدًا محترمة فلم تعتبرْ، ولا يقال: إنَّ يدَ المودعِ هي يدُ المالكِ حكمًا، ولو كانت هٰذِه الوديعةُ في يدِ المالكِ كانت معصومةً فكذلك إذا كانت في يدِ مَن يدُهُ كيدِهِ، لأنَّا نقول: يدُ المودعِ هي يدُ المالكِ /١٦٩ب/ من وجهٍ وليست كيدهِ من وجهٍ، والعصمةُ لم تكن ثابتةً فلا تثبتُ بالشك؛ وهٰذا لأنَّ يدَ المالكِ يدٌ معصومةٌ؛ لأنَّه مسلمٌ ويدُ

(١) «فتح القدير» ٥/ ٤٨٨.

(٢) في (ب): (والقياس).

(٣) من (ب) و(ج).

المودعِ الحربي ليست بمعصومةٍ فلم يمكن جعلُها كيدِ المالكِ ذكره قاضي خان رَحِمَهُ اللهُ في «جامعه»[1].

المسألةُ الثانيةُ: إذا ظهرنا عليهم فما وجدناه من مالٍ منْ أسلمَ عندهم وهو مغصوبٌ في يدِ مسلمْ أو (في يدِ) ذميٍّ فهو فيءٌ عند أبي حنيفةَ[2] رَحِمَهُ اللهُ، وقالا: لا يكونُ فيئًا.

هكذا ذكرَ الاختلافَ في «السير الكبير»[3].

وذكر في «شرحِ الجامعِ الصغيرِ» قولَ أبي يوسفَ[4] مع أبي حنيفة[2] رحمهما الله، فلذلك زادَ هٰذِه الروايةَ الموافقةَ له في الكتابِ، فعن أبي يوسف[2] رَحِمَهُ اللهُ حينئذٍ روايتان: إحداهما يوافقُ قولَ أبي حنيفةَ[2]، والآخرىٰ قولَ محمدٍ[5].

لهما: أنَّ المالَ من توابع النفسِ؛ والنفسُ معصومةٌ بإسلامِهِ فيستتبعُ المالَ في العصمةِ.

ولأبي حنيفةَ رَحِمَهُ اللهُ أنه مالٌ مباحٌ وَرَدَ عليه الاستيلاءُ فيملكُهُ مَنْ استولىٰ عليه، والنفسُ ليستُ بمعصومةٍ بالإسلامِ لتستتبع المال؛ لأنَّ النفسَ ليست متقومةً لكنها في الأصلِ يحرمُ التعرضُ لها؛ لأنَّ الآدميَّ مخلوقٌ لتحملِ

---

(١) «المبسوط» ١٠/ ٦٧، و«الهداية» ٢/ ٤٣٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٣، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٥.

(٢) «السير الكبير» ٤/ ١٦٩، و«فتح القدير» ٥/ ٤٩٠-٤٩١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٣، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٤.

(٣) «السير الكبير» ٤/ ١٧٠.

(٤) «شرح الجامع الصغير» لابن مازه البخارىٰ ص٤١٦.

(٥) «السير الكبير» ٤/ ١٦٩، و«فتح القدير» ٥/ ٤٩٠-٤٩١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٣، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٤.

(أعباءِ) التكليفِ، ولا يتمكن من إقامتِها إلَّا بالبقاءِ ولا بقاءَ إلَّا بالعصمةِ وحرمةِ التعرضِ، إلَّا أنَّ هٰذا الدليلَ تقاعدَ عن العملِ عند قيامِ المانعِ وهو الكفرُ والشرُّ الصادران من المحارب[1]، فإذا أسلمَ زالَ المانعُ فعملَ الأصلُ السابقُ عملَهُ، وأمَّا المالُ فخلقَ في الأصلِ عرضةً للامتهانِ والانتفاعِ به فكان في نفسِهِ محلًّا للتملكِ وليس في يدِهِ حكمًا فلم تثبتِ العصمةُ فيه[2].

قال: (وإذا خرجوا من دارِهم لم يعلفوا من الغنيمةِ ولا يأكلوا منها ويردُّ الفاضلُ إليها قبلَ القسمةِ ويتصدقُ به بعدها).

إذا خرجَ المسلمونَ من دارِ الحربِ لم نجزْ لهم أنْ يعلفوا من الغنيمةِ ولا أنْ يأكلوا منها؛ لأنَّ الإباحةَ كانت بعارضِ الحاجةِ والضرورةِ وقد ٱندفعتا؛ ولأنَّ الحقَّ قد تأكدَ الآن حتىٰ يورثَ نصيبُ مَنْ ماتَ (منهم)[3] ولا كذلك قبلَ الإخراجِ إلىٰ دارِ الإسلامِ، وإذا فضلَ مع أحدِهم علفٌ أو طعامٌ ردَّهُ إلى الغنيمةِ، هٰذا إذا كان قبلَ القسمةِ. وقد زدنا ذلك في الكتابِ وهو المرادُ بإطلاقِ القدوري[4] رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ وهٰذا لأنَّ ٱختصاصَ البعضَ ببعضِ ذلك مبنيٌّ على الحاجةِ والضرورةِ وقد زالتا، وهٰذا بخلافِ المتلصصِ؛ لأنه أحقُّ بما أخذَهُ قبلَ الإحرازِ فكذا يكون أحق بهِ بعدَه، وأما إذا قسَّم الإمامُ وفضلَ مع أحدِهم شيءٌ بعد القسمةِ تصدَّقَ

(١) من (ب): (المحارم).

(٢) «السير الكبير» ٤/ ١٦٩-١٧٠، و«فتح القدير» ٥/ ٤٩٠-٤٩١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٣، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٤.

(٣) من (ب، ج).

(٤) «الكتاب» ٤/ ١٣١.

بِهِ، وهٰذا من الزوائدِ أيضًا يعني: إذا كانَ غيرَ محتاجٍ إليه، أما إذا كان محتاجًا إليه فهو أولىٰ بالانتفاعِ به وهٰذا لأنَّه في حكمِ اللقطةِ لتعذرِ ردهِ علىٰ جملةِ الغانمينَ، وإن كان قد ٱنتفعَ به بعدَ الإحرازِ يردُّ قيمتَهُ إلى المغنمِ قبلَ القسمةِ وأما بعدَ القسمةِ فالغنيُّ يتصدقُ بها والفقيرُ لا شيءَ عليه؛ لقيامِ القيمةِ مقامَ الأصلِ فتأخذُ حكمَهُ[1].

---

(١) «المبسوط» ١٠/ ٣٤، و«الهداية» ٢/ ٤٣٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٧٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٣، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٣-٩٤.

فصل:
في كيفيةِ القسمةِ

قال: (ويقسَّمُ أربعة الأخماسِ بين الغانمينَ للفارسِ سهمانِ وقال ثلاثةٌ ويعطى الراجلُ سهمًا).

تقسَّمُ الغنيمةُ علىٰ خمسةِ أسهم فيرفعُ الخمسُ لقوله تعالىٰ: ﴿ وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَٰمَىٰ وَٱلْمَسَٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ ﴾ [الأنفال: ٤١] وسيأتي كيفيةُ القسمةِ عليهم، وتقسَّمُ أربعةُ الأخماسِ على الغانمينَ؛ لأنَّه ﷺ قسَّمَها بينهم[١]، والفارسُ منهم له سهمانِ عند أبي حنيفةَ[٢] رحمه الله.

وقالا[٢]: ثلاثةُ أسهمٍ وهو قول الشافعي[٣] رحمه الله، وللراجل سهم واحد بالاتفاق.

لهم: رواية ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم، وللراجل سهمًا؛ ولأنَّ ٱستحقاقَ الراكبِ بعنائِه في الحربِ، وكفاءته فيه وعناؤه علىٰ ثلاثةِ أمثالِ الراجلِ، فإنَّه للكر والفر والثباتِ، وليس يعنى الراجلُ إلَّا في الثباتِ.

وله: روايةُ ابن عباس رضي الله عنهما أنَّه ﷺ أعطى الفارسَ سهمينِ والراجلَ

---

(١) رواه أبو عبيد في «الأموال» ١/ ٢٠ (٣٧) من طريق علي بن أبي طلحة عن ابن عباس: كانت الغنيمة تقسم علىٰ خمسة أخماس فأربعة منها لمن قاتل.

(٢) «السير الكبير» ٣/ ٣٥-٣٦، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٣٧-٤٣٩، و«مختصر الطحاوي» ص٢٨٥، و«المبسوط» ١٠/ ٤١، و«اللباب» ٤/ ١٣١-١٣٢.

(٣) «التنبيه» ص٢٣٥، و«الأم» ٧/ ٣٣٧، و«المهذب» ٢/ ٢٤٥، و«حلية العلماء» ٧/ ٦٧٨-٦٧٩.

سهمًا[(١)]، وفي روايةِ ابن عمرَ رضي الله عنهما أيضًا أنَّه ﷺ قسم للفارسِ سهمين[(٢)]، فتعارضت روايتا فعلِهِ ﷺ وروايتا ابن عمَر رضي الله عنهما، فوجبَ الرجوعُ إلى القولِ، وقد قالَ ﷺ: «**للفارسِ سهمانِ والراجلِ سهمٌ**»[(٣)]، والكرُّ والفرُّ جنسٌ واحدٌ فيكون عناءُ الراكبِ ضعفا عناءِ الراجلِ فيفضلُ عليه بسهمٍ؛ ولأنَّه لما تعذَّرَ ٱعتبارُ قدرِ الزيادةِ لتعذرِ الوقوف على الحقيقةِ أُديرَ الحكمُ على السببِ الظاهرِ، والفارسُ نفسٌ وفرسٌ، والراجلُ نفسٌ واحدةٌ، فكان ٱستحقاقُ الراكبِ علىٰ ضعفِهِ[(٤)].

قال: (ويسهمُ لفرسينِ وقالا: لواحدٍ).

قال أبو يوسفَ[(٤)] رحمه الله: يسهمُ لفرسينِ؛ لما روي أنَّه ﷺ أسهمَ لفرسينِ[(٥)]؛ ولأنَّ أحدَهُما ثكل فيحتاجُ إلى الآخرِ.

---

(١) رواه أبو داود (٢٧٣٦)، وأحمد ٣/ ٤٢٠ من حديث مجمع بن جارية، وقال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٤١٦: غريب من حديث ابن عباس، وقال ابن حجر في «الدراية» ٢/ ١٢٣: لم أجده.

(٢) رواه الدارقطني ٤/ ١٠٦ من طريق ابن أبي شيبة، وقال: قال لنا النيسابوري: هٰذا عندي وهم من ابن أبي شيبة أو من الرمادي. ٱ هـ.
وهو في «المصنف» ٦/ ٤٩٢ (٣٣١٥٩) بلفظ: «**للفرس سهمين وللرجل سهمًا**» وبوب عليه: في الفارس كم يقسم له؟ من قال: ثلاثة أسهم.
وانظر «الدراية» ٢/ ١٢٣.

(٣) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٤١٧: غريب جدًا، وأخطأ من عزاه لابن أبي شيبة. وقال الحافظ في «الدراية» ٢/ ١٢٣ (٧٢٠): لم أجده من قوله ﷺ.

(٤) «السير الكبير» ٣/ ٣٧-٣٨، و«الهداية» ٢/ ٤٣٨، و«الاختيار» ٤/ ٣٧٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٤-٢٥٥، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٦.

(٥) رواه الدارقطني ٤/ ١٠٤ عن بشير بن عمرو بن محصن أن النبي ﷺ أسهم لفرسيه أربعة أسهم.

ولهما[١]: أنَّ البراءَ بن أوس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قادَ فرسينِ فلم يسهمِ النبيُّ ﷺ إلَّا لفرسٍ واحدٍ[٢]؛ ولأنَّ القتالَ لا يتحققُ بهما جميعًا دفعةً واحدة[٣]، فلم يكن السببُ الظاهرُ مفضيًا إلى القتالِ عليهما فيسهمُ للواحدِ، ولهذا فإنَّه لا يسهمُ لثلاثةٍ، وما روىٰ أبو يوسفَ[٤] رَحِمَهُ اللَّهُ محمولٌ على التنفيل كما أعطىٰ سلمةَ بن الأكوعِ سهمينِ وهو راجلٌ.

قال: (ويتساوى البراذين والعتاقُ).

لأنَّ إرهابَ العدوِ مضافٌ إلىٰ جنسِ الخيلِ في قوله تعالىٰ: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠] / ١٧٠أ/ والجنسُ شاملٌ للعربي والبرذونِ الهجينِ والمقرفِ؛ ولأنَّ في كلٍّ منهما جنسُ منفعةٍ مطلوبةٍ، فكما أنَّ في العربي القوةَ على الكر والفر والطلبِ والهربِ؛ ففي البرذونِ لين العطفِ والثباتُ والصبرُ، فاستويا[٥].

قال: (ولا يسهم لبغلٍ ولا راحلةٍ).

لأنَّ ذلك آلةٌ فلا يستحقُّ صاحبُها لأجلِها شيئًا كسائر الآلاتِ، ولئن كان القياسُ في الفرسِ ذلك إلَّا أنَّه عدلَ به عن قضيةَ القياس للنص،

---

(١) «السير الكبير» ٣/ ٣٧-٣٨، و«الهداية» ٢/ ٤٣٨، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٤-٢٥٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٧٦.

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٤١٩: غريب بل جاء عنه عكسه، كما ذكره ابن منده في كتاب الصحابة في ترجمته.

(٣) من (ب) و(ج).

(٤) «السير الكبير» ٣/ ٣٧-٣٨، و«الهداية» ٢/ ٤٣٨، و«الاختيار» ٤/ ٣٧٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٤-٢٥٥، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٦.

(٥) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٤٤٠-٤٤١، و«مختصر الطحاوي» ص٢٨٥، و«المبسوط» ١٠/ ٤٢، و«فتح القدير» ٥/ ٤٩٨، و«اللباب» ٤/ ١٣٢.

فبقي ما سواهُ علىٰ أصلِ القياسِ[1].

قال: (ونعتبرُ حالَ مجاوزةِ الدربِ لا ٱنقضاءَ الحربِ فمن دخلَ دارَهم فارسًا فنفقَ فرسَهُ ٱستحقَّ سهمَ فارسٍ أو راجلًا فاشترىٰ فرسًا فسهمُ راجلٍ).

ذكر أصلًا وبني عليه فرعه، الأصل عندنا[2] في ٱستحقاقِ سهمِ الفارسِ والراجلِ ٱعتبارُ مجاوزةِ الدربِ الفاصلِ بين دارِ الإسلامِ والحربِ، فمن دخلَ دارَهم وجاوزَ الدربَ وهو فارسٌ ٱستحقَّ سهمَ الفرسانِ، ومن دخلَ راجلًا ٱستحقَّ سهمَ راجلٍ، وإن ٱشترىٰ فرسًا بعد ذلك.

والأصلُ عند الشافعي[3] رَحِمَهُ ٱللَّهُ ٱعتبارُ حاله (عند)[4] ٱنقضاءِ الحربِ.

وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيما إذا جاوزَ راجلا ثم ٱشترىٰ فرسًا أنَّه يستحقُّ سهمَ الفرسانِ، له أنَّ سببَ الاستحقاقِ حقيقةً هو القهرُ والقتالُ، فوجبَ ٱعتبارُ حالِ المقاتلِ عند ذلك فارسًا وراجلًا، والمجاوزةُ وسيلةٌ إلىٰ إدراكِ هٰذا السببِ، وتعليقُ الأحكامِ بالأسبابِ هو الأصلُ عند الإمكانِ. وهو حاصلٌ.

ألا ترىٰ أن سوقَ العسكرِ لا يعطون إلَّا أن يقاتلوا وكذلك الصبيُّ والعبدُ المحجورُ عليهما يرضخ لهما بحسبِ قتالِهما ولولا الإمكانِ لما

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٨٥، و«المبسوط» ١٠/ ٤٢، و«الاختيار» ٤/ ٣٧٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٥.

(٢) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٤١، و«الطحاوي» ص٢٨٥، و«المبسوط» ١٠/ ٤٣، و«إيثار الإنصاف» ص٤٥٣-٤٥٦، و«اللباب» ٤/ ١٣٢.

(٣) «الأم» ٧/ ٣٣٨، و«المهذب» ٢/ ٢٤٦، و«التنبيه» ص٢٣٥، و«حلية العلماء» ٧/ ٦٨١.

(٤) من (ب).

علقَ الحكمَ بهِ، وإن تعذرَ ذلك أو تعسَّرَ وجبَ تعليقُ الحكمِ بشهودِ الوقعةِ فإنَّهُ أقربُ إلى القتالِ من مجاوزةِ الدربِ.

ولنا[١]: أنَّ تعليقَ الأستحقاقِ إما أن يكونَ بحقيقةِ القتالِ أو بالتمكنِ منه أو بشهودِ الوقعةِ أو حالِ أنقضاء الحربِ أو بدخولِ الدربِ، لا جائزَ أن يعلق (بحقيقةِ القتالِ؛ لأنَّ الفارسَ لو ربطَ فرسَهُ حالَ القتالِ وقاتلَ راجلًا لضيقِ المكانِ أستحقَّ سهمَ الفرسانِ، مع أن الوقوف علىٰ حقيقة القتال متعسر، ولا جائز[٢] أن يعلق)[٣] بالتمكن من القتال لأن المتمكن من القتال علىٰ فرس مستعار لا يستحق سهم الفرسان ولا جائزَ أن يعلقَ بشهودِ الوقعةِ؛ لأنّه حالَ التقاءِ الصفينِ والاشتغالِ بالحرابِ فالوقوفُ علىٰ ذلك متعسرٌ أيضًا، وأسبابُ الأحكامِ يجب أن تكون ظاهرةً غيرَ متعذرةٍ ولا متعسرةٍ، ولا حائزَ أن يعلق بحالِ[٤] أنقضاءِ الحربِ؛ لأنَّ المقصودَ بالخيلِ إرهابُ العدوِ أو مباشرةُ القتالِ وهذانِ يحصلانِ قبلَ أنقضاءِ الحربِ لا بعدَهُ فوجبُ التعليقُ بالسببِ الظاهرِ وهو حالَ مجاوزةِ الدربِ الذي به يحصلُ إرهابُ العدوِ وخوفُهُ واستعلامُه كميةَ أعدادِ الركبانِ والرجلىٰ فهو مبتدأ الحربِ والقتالِ وما بعدَ هٰذِه الحالةِ حالةُ بقاءٍ ودوامٍ، والاعتبارُ للابتداءِ لا للبقاءِ[٥].

---

(١) «مختصر أختلاف العلماء» ٣/ ٤٤١، و«الطحاوي» ص٢٨٥، و«المبسوط» ١٠/ ٤٣، و«إيثار الإنصاف» ص٤٥٣-٤٥٦، و«اللباب» ٤/ ١٣٢.

(٢) (لا جائز) كذا في جميع النسخ.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) في (ج): (بحكم حال).

(٥) «السير الكبير» ٣/ ٤٥-٤٧، و«المبسوط» ١٠/ ٤٣-٤٤، و«فتح القدير» ٥/ ٤٩٨-٤٩٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٧٤، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٦-٩٧.

فروع: ولو دخلَ فارسًا وقاتلَ راجلًا ٱستحقَّ سهمَ الفرسانِ بالاتفاقِ، ولو دخلَ فارسًا ثم باعَ فرسَهُ أو وهبَهُ أو أجرَّه أو رهنَهُ ففيه روايتان: إحداهما وهو روايةُ الحسنِ بن زياد[1] عن أبي حنيفةَ[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يستحقُّ سهمَ الفرسانِ ٱعتبارًا للمجاوزةِ وفي ظاهرِ الروايةِ: يستحقُّ سهمَ الرجلىٰ؛ لأنَّ الإقدامَ علىٰ هٰذِه التصرفاتِ دليلٌ علىٰ أنَّه لم يقصدْ بالمجاوزةِ القتالَ فارسًا، ولو باعَهُ بعد الفراغِ لم يسقطْ سهمُ الفرسانِ، وكذا لو باعَهُ حالَ القتالِ عند بعضِ المشايخ. والأصحُّ أنَّه يسقطُ؛ لأنَّ البيعَ دليلٌ علىٰ أنَّ العرضَ إنما هو التجارةُ. وإنما ينتظرُ به غرة متاعِهِ[1].

قال: (ويرضخُ لعبدٍ ومكاتبٍ وصبيٍّ وذميٍّ يقاتلون بما يراهُ الإمامُ أو يدلُّ الذميُّ على الطريقِ، ولإمرأةٍ تقوم بأمورِ الجرحىٰ والمرضىٰ).

العبدُ والمكاتبُ والصبيُّ والذميُّ والمرأةُ لا يسهمُ لهم، ولكن يرضخُ[2] لهم الإمامُ، علىٰ حسبِ ما يراهُ؛ لما روىٰ أبو هريرة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أنَّه ﷺ لم يسهمْ للعبدِ والنساءِ والصبيانِ[3].

وروى ابن عباسٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أنَّه يرضخُ للعبدِ والمرأةِ[4] ولما ٱستعانَ باليهودِ على اليهودِ لم يعطهم شيئًا من الغنيمةِ[5]، أي: لم يسهمْ لهم؛ لأنَّ الجهادَ

---

(١) «المبسوط» ١٠/ ٤٣-٤٤، و«الهداية» ٢/ ٤٣٩، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٦.

(٢) يرضخ: هو العطاء ليس بالكثير. «الصحاح» ٤١٠ مادة رضخ.

(٣) لم أجده من حديث أبي هريرة، وقد رواه مسلم (١٨١٢) من حديث ابن عباس وليس فيه ذكر الصبيان. انظر: «نصب الراية» ٣/ ٤٢٠.

(٤) رواه مسلم (١٨١٢).

(٥) رواه البيهقي في «السنن» ٩/ ٥٣ من طريق الشافعي، وقال: تفرد بهٰذا الحسن بن عمارة، وهو متروك، ولم يبلغنا في هٰذا حديث صحيح .

عبادةُ، وهٰؤلاء ليسوا من أهلِها، أمَّا الذميُّ فظاهرٌ، وأمّا المرأةُ والصبيُّ فعاجزان عنه، ولذلك لم يفرضْ عليهما؛ وأما العبدُ فمشغولُ بخدمةِ المولىٰ، وله منعُهُ عن القتالِ، وإنما يرضخُ لهم تحريضًا على القتالِ مع إظهارِ ٱنحطاطِ رتبتِهم عن رتبةِ غيرهِم، وزادَ في الكتابِ: المكاتبَ؛ لأنَّه بمنزلةِ العبدِ لقيام الرق وتوهمِ العجزِ فيمنعه المولىٰ عن القتالِ، وزاد قوله: (يقاتلون)؛ لأنَّ العبدَ إنَّما يرضخُ له إذا قاتلَ؛ لأنَّ دخولَهُ لم يكنْ علىٰ قصدِ القتالِ؛ لأنَّهُ خادمٌ لمولاه، فصار كدخولِ التاجرِ، فإذا قاتلَ رضخَ له.

وزادَ أيضًا قوله: (أو يدلُّ الذميُّ على الطريقِ). أي: إنما يرضخُ للذمي بالقتالِ أو بالدلالةِ على الطريقِ وعوراتِ المشركين من غيرِ قتالٍ؛ لأنَّ في ذلك منفعةً للمسلمين.

ويجوزُ للإمامِ أنْ يزيدَهُ على السهمِ في الدلالةَ إذا كان فيها منفعةٌ عظيمةٌ للمسلمين؛ لأنَّ ذلك ليس من عملِ الجهادِ /١٧٠ب/ فيجوزُ أنْ يزادَ، ولا يبلغَ[1] به السهمَ في القتالِ إذا قاتلَ، لأنَّ ذلك جهادٌ فيجبُ أنْ لا يبلغَ به نصيبَ المسلمِ[2].

قال: (ونجعلُهُ من غيرِ الخمسِ).

الضميرُ يرجعُ للرضخِ، فعندنا ما يرضخه الإمامُ لهٰؤلاء يكونُ من أربعةِ الأخماسِ.

---

(١) في الأصل: (ينبع).

(٢) «السير الكبير» ٣/ ١٠٧، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٣٠-٤٣١، و«مختصر الطحاوي» ص٢٨٥-٢٨٦، و«اللباب» ٤/ ١٣٢.

وعند الشافعي[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ من الخمسِ.

له: ما وراءَ الخمسِ حقُ الغانمين، فلا يجوزُ أنْ يزاحمَهُم سهمُ غيرِهِم.

ولنا[٢]: أنهم يستحقون ذلك بسببِ القتالِ فكانوا من الغانمين إلَّا أنهم نقصَ حقُّهُم عن حقوقِ الغانمين، وبنقصانِ حقوقِهِم لا يخرجُ عن أنْ يكونَ من الغانمين فإنَّ سهمَ الراجلِ أقلُّ من سهمِ الفارسِ.

قال: (ويقسَّمُ الخمسُ سهمًا لليتامىٰ وسهمًا للمساكين وسهمًا لأبناء السبيلِ، يدخلُ فيهم فقراءُ ذوي القربىٰ ويقدَّمُون، ونمنعُ أغنياءهم ونسقطُ سهمَهُ ﷺ بموتِهِ كما سقط الصفيُّ، وكان ٱستحقاقُ ذوي القربىٰ بالنصرةِ وبعده بالفقرِ).

أمَّا القسمةُ علىٰ ثلاثةِ أسهمٍ فلِمَا روى الكلبيُّ عن أبي صالحٍ عن ابن عباسٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: أنَّ الخمسَ كان يقسَّمُ علىٰ عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ علىٰ خمسةِ أسهمٍ: سهمٌ للهِ تعالىٰ ولرسولِهِ، ﷺ وسهمٌ لذوي القربىٰ، وسهمٌ لليتامىٰ، وسهمٌ للمساكين، وسهمٌ لأبناءِ السبيلِ. ثم قسَّمَ أبو بكرٍ وعمرُ وعثمانُ وعليٌّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ علىٰ ثلاثةِ أسهمٍ لليتامىٰ، والمساكينِ، وابنِ السبيلِ[٣].

---

(١) «الأم» ٧/ ٣٤٢، و«المهذب» ٢/ ٢٤٦-٢٤٧، و«التنبيه» ص٢٣٥، و«حلية العلماء» ٧/ ٦٨١-٦٨٢.

(٢) «الهداية» ٢/ ٤٣٩-٤٤٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٧٦-٣٧٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٦، و«البحر الرائق» ٥/ ٩٧-٩٨.

(٣) عزاه الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٤٢٤ لأبي يوسف.

وأمَّا دخولُ فقراءِ ذوي القربىٰ فيهم وتقديمُهم، ومنعُ الأغنياءِ، فالخلافُ فيه مع الشافعي[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ فعنده يُدْفَعُ إليهم خمسُ الخمسِ ولا يُمنعُ أغنياؤهم، ويقسَّمُ بينهم للذكرِ مثلُ حظ الأنثيين. له أنَّ إطلاقَ الكتابِ لم يفصلْ بين الغني والفقيرِ وأثبتَ لهم الاستحقاقَ بحرفِ اللامِ.

ولنا[٢]: ما رويناه آنفًا، ولو كان لذوي القربىٰ حقٌّ لم يجزْ لهم إسقاطُهُ. واتفاقُ أهلِ السيرةِ علىٰ أنَّه ﷺ نفل الخمسَ بهوازنَ ولم يعطِ هاشميًا منه شيئًا، وقسَّمَ خيبرَ ومنع العباسَ وقسَّمَ لفاطمةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا دون زينبَ وأم كلثومٍ، ولو كان حقًّا لهم لما منعهم كما لم يمنعِ الغانمين من حقوقِهِم.

وروىٰ عبدُ اللهِ بنُ أبي ليلىٰ عن عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: أن فاطمةَ أتتِ النبي ﷺ وقد بلغها أنَّه أتي بسبي تسأله خادمًا فلم تلقَهُ ولقيتْ عائشة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا فلما أتى النبيُّ ﷺ أخبرتْهُ بما سألت (فاطمةُ)[٣] فأتانا وقد أخذْنَا مضاجِعَنَا فذهبنا لنقومَ فقال: «**مكانَكُمَا**» وقعدَ بيننا فقال: «**ألا أدلُّكُما علىٰ خيرٍ ممَّا سألتما: تكبران اللهَ أربعًا وثلاثين وتسبحانه ثلاثًا وثلاثين وتحمدانه ثلاثًا وثلاثين إذا أخذتُمَا مضاجِعَكُمَا؛ فإنه خيرٌ لكما من خادمٍ**»[٤]، ومن المشهورِ أنه لم يسو بينهم ولم يقسمْ بينهم للذكرِ مثلُ حظ الأنثيين؛ ولأنَّ النبيَّ ﷺ قال: «**يا معشرَ**[٥] **بني هاشمٍ، إنَّ اللهَ كَرِهَ لكم غسالةَ**

---

(١) «المهذب» ٢/ ٢٤٧-٢٤٨، و«التنبيه» ص٢٣٥، و«حلية العلماء» ٧/ ٦٨٧-٦٨٩، و«غاية البيان» ص٣٠٨.

(٢) «السير الكبير» ٣/ ١١٨-١١٩، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٥١١-٥١٥، و«إيثار الإنصاف» ص٤٤٤-٤٥٠، و«اللباب» ٤/ ١٣٣-١٣٤.

(٣) من (ج).

(٤) رواه البخاري برقم (٦٣١٨) ومسلم (٢٧٢٧).

(٥) في (ب): (معاشر).

أيدي[١] الناسِ وأوساَخهُم وعوضكم منها بخُمُسِ الخُمُسِ»[٢]، والعوضُ إنما يثبتُ في حق من يثبت له المعوضُ وهم الفقراءُ، وقد كان عليه الصلاةُ والسلامُ يعطيهم للنصرةِ لا بالاسم[٣].

ألا ترىٰ أنَّه ﷺ أعطىٰ بني المطلبِ وحرمَ بني أميةَ وهم إليه أقربُ، فإنَّ أميةَ أخو هاشمٍ لأبويه، والمطلبُ أخوه لأبيه، دلَّنا ذلك علىٰ أنَّ الاستحقاقَ لم يكن بالقربِ.

ومما يقررُ ذلك ما روىٰ سعيدُ بنُ المسيبِ، عن محمدِ بنِ جبيرِ بنِ مطعمٍ[٤]، عن أبيه قال: لما وضعَ رسول الله ﷺ سهم[٥] ذوي القربىٰ وبني هاشمٍ وبني المطلبِ وتركَ بني نوفل وبني عبدِ شمسٍ انطلقتُ أنا وعثمانُ فقلتُ: يا رسول اللهِ ﷺ، هؤلاء بنو هاشمٍ لا ننكرُ فضلَهُم للموضعِ الذي وضعكَ الله فيهم، فما بالُ إخواننا من بني المطلبِ أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدةٌ؟! فقالَ ﷺ: «**إنهم لم يفارقوني في جاهليةٍ ولا إسلامٍ، وإنما بنو المطلبِ وبنو هاشمٍ كشيءٍ واحدٍ**» وشبَّكَ

---

(١) من (ب).

(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٤٢٤- ٤٢٥: غريب، وعند الطبراني في «الكبير» ١١/ ٢١٧ عن ابن عباس بلفظ «**لا يحل لكما أهل البيت من الصدقات شيء ولا غسالة الأيدي إن لكم في خمس الخمس لما يغنيكم أو يكفيكم**».

(٣) في (ج): (بالأسهم).

(٤) هو محمد بن جبير بن مطعم بن عدي القرشي، أبو سعيد المدني، وثقه العجلي، وابن خراش، وابن حبان، وقال عبد الرحمن بن أبي الزناد: توفي محمد في خلافة سليمان بن عبد الملك، وكان ثقةً قليل الحديث، وقال غير واحد: مات في خلافة عمر بن عبد العزيز. روىٰ له الجماعة. انظر «التاريخ الكبير» للبخاري ١/ ٥٢ (١٠٩)، و«تهذيب الكمال» ٢٤/ ٥٧٣ (٥١١٣).

(٥) من (ب، ج).

بين أصابعِه[١]. دلَّنا ذلك علىٰ أنَّ الآستحقاقَ بالنصرةِ.

قال شمسُ الأئمةِ السرخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٢]: وليس المرادُ نصرةَ القتالِ، فقد كانَ موجودًا من عثمانَ وجبيرِ بنِ مطعمٍ[٣]، وإنما أرادَ نصرةَ الآجتماعِ إليه للمؤانسةِ في حالِ هجرانِ الناسِ إياه علىٰ ما روي أنَّ الله تعالىٰ لما بعثَ رسولَه من بني هاشمٍ ورأت قريشٌ آثارَ الخيرِ فيهم حسدوهم وتعاقدوا[٤] أنْ لا يجالسوا بني هاشمٍ ولا يكلموهم؛ حتىٰ يدفعوا إليهم رسولَ الله ﷺ (فيقتلوه. وتعاقد[٥] بنو هاشمٍ على القيامِ بنصرةِ رسول اللهِ ﷺ)[٦] فدخلَ بنو نوفل وبنو عبدِ شمسٍ في عهدِ قريشٍ، ودخلَ بنو المطلبِ في عهدِ بني هاشم، وإليه قد أشارَ الحديثُ «**لم يفارقوني في جاهليةٍ ولا إسلامٍ**»[٧] وإذا ثبتَ أنَّ الآستحقاقَ بتلك النصرةِ ولم يبقَ بعدِ وفاتهِ عليه الصلاةُ والسلامُ فلم يبقَ الآستحقاقُ لا للانتساخِ بعد موتهِ، بل لعدمِ الحكمِ عند عدمِ علته أو نقول ثبتَ (بالكتابِ أنَّ الآستحقاقَ بالقرابةِ وببيانِ رسولِ الله ﷺ أنَّ الآستحقاقَ بالنصرةِ فكان الآستحقاقُ ثابتًا بعلةٍ ذاتَ وصفين:)[٨] القرابةِ والنصرةِ، وقد عُدِمَ أحدُ الوصفين وهو النصرةُ بعدَ وفاتِهِ فانتفى الآستحقاقُ، كما آنتفىٰ حين عدمتِ النصرةُ في حق بني نوفل وبني عبد شمس فمنعَهُم في حياتِه، فبنو هاشمٍ وبنو عبدِ المطلبِ بعدَ وفاتِه بمنزلةِ بني نوفل وبني عبدِ شمسٍ في حياتِه.

---

(١) رواه النسائي ٧/ ١٣١، وأحمد ٤/ ٨١.
ورواه البخاري (٣١٤٠) بدون لفظ: «**إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام**».

(٢) «المبسوط» ١٠/ ١٢.

(٣) تقدمت ترجمته.

(٤) في (ج): (تعاهدوا).

(٥) في (ج): (تعاهد).

(٦) ساقط من (ب).

(٧) سبق تخريجه.

(٨) ساقط من (ب).

قوله: (ويسقطُ سهمَه ﷺ بموتِهِ كما سقط الصفي).

هٰذا التفاتٌ إلى الآيةِ فإنَّ المذكورَ فيها ستةٌ، وقد قسمَ أبو العاليةِ[(١)] كذلك فقال: يصرفُ سهمُ اللهِ إلىٰ عمارةِ الكعبةِ إنْ كانت القسمةُ قريبًا منها /١٧١أ/ وإلا فإلىٰ عمارةِ الجوامعِ القريبةِ من القسمةِ؛ لأنها مواضعُ مضافةٌ إليه، وهٰذا السهمُ مضافٌ إليه فيصرفُ إليها، ولسنا نأخذُ بذلك فذكرُ ٱسمِ الله ليس للاستحقاقِ؛ لأنَّ الدنيا بما فيها للهِ تعالىٰ ولٰكن ذكرَ للتبركِ أو التشريفِ لهٰذا المالِ؛ لأنَّ إضافةَ شيءٍ من الدنيا إلىٰ اللهِ تعالىٰ على الخصوصِ لمعنى التشريفِ كالمساجدِ والناقةِ وهٰذا المعنىٰ يتحقَّقُ في الغنيمةِ؛ لأنَّها أصيبَت[(٢)] بطريقٍ فيه إعلاءُ كلمةِ اللهِ تعالىٰ وإعزازُ دينِهِ، وسهمُ النبي ﷺ سقطَ بموته كما سقطَ الصفي؛ لأنه ﷺ كانَ يستحقُّهُ برسالتِهِ ولا رسولَ بعده، والصفي: شيءٌ كان يصطفيه عليه الصلاة والسلام من الغنيمةِ من درعٍ أو سيفٍ أو جاريةٍ.

وقال الشافعي[(٣)] رَحِمَهُ اللهُ عنه: يصرفُ سهمُه عليه الصلاة والسلام إلى الخليفةِ، وذووا القربىٰ كانوا يستحقونَ سهمَهم في زمنِ النبي ﷺ بالنصرةِ لما روينا وبعده بالفقر.

قال صاحبُ «الهداية»[(٤)]: وهٰذا قولُ الكرخي[(٥)].

وقال الطحاويُّ: سهمُ الفقير منهم سَاقطٌ أيضًا؛ لما فيه من معنى الصدقةِ نظرًا إلى المصرفِ فيحرمه كما حرم العمالةَ. -أعني: عامل

---

(١) «المبسوط» ١٠/٨-٩، و«البحر الرائق» ٥/٩٨.

(٢) في (ج): (أضيفت).

(٣) «المهذب» ٢/٢٤٩، و«حلية العلماء» ٧/٦٩١، و«غاية البيان» ص٣٠٨.

(٤) «الهداية» ٢/٤٤١.

(٥) «المبسوط» ١٠/٩، و«الهداية» ٢/٤٤٠-٤٤١.

الزكاة- إذا كان هاشميًا لا يُعطَىٰ شيئًا؛ لأنَّه (شبيهُ الصدقةِ)[1] ووجهُ قولِ الكرخي، وقيل: هو الأصحُّ ما روى ابن عمر ﵄: أعطى الفقراءَ منهم. والإجماعُ ٱنعقدَ علىٰ سقوطِ حق الأغنياءِ منهم، أما الفقراءُ منهم فيدخلونَ في الأقسامِ الثلاثةِ.

قال: (وإذا دخل واحد أو ٱثنان دارهم مغيرين بغير إذن لم يخمس أو بإذن خمس على المشهور أو جماعة بمنعة بغير إذن خمس).

إذا دخلَ الواحدُ أو الاْثنان دارَ الحربِ مغيرين بغير إذنِ الإمامِ فأخذوا شيئًا لم يخمس؛ لأنَّ الغنيمةَ هي ما أُخِذَ قهرًا وغلبةً لا ٱختلاسًا وسرقةً، والخمسُ وظيفةُ الغنيمةِ ولو دخلَ الواحدُ أو الاْثنان دارَ الحربِ بإذنِ الإمامِ ففي الخمسِ روايتان أشهرُهُما أنَّه يخمس، وهٰذِه المسألةُ من الزوائدِ؛ لأنَّ إذنَ الإمامِ بالدخولِ إليهم مستلزمٌ لالتزامه بنصرتهم فكانَ إذنُه لهم كمنعِهِم وإن دخلَ جماعةٌ لهم منعةٌ فأخذوا شيئًا خمس، وإن لم يأذنْ لهم الإمامُ؛ لأنَّه مأخوذٌ من دارِ الحربِ غلبةً وقهرًا فكانَ غنيمةً فيخمس، ولأنه يجبُ على الإمامِ أنْ ينصَرهم؛ لأنَّ في تركِ نصرتِهم خذلانًا لهم، وفي ذلك إلحاقُ الوهنِ والضعفِ بالمسلمين بخلافِ الواحدِ والاثنينِ حيثُ لا يجبُ عليهم نصرتهم[2].

---

(١) في (ب، ج): (شبهة الصدقة).

(٢) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٦٢-٤٦٣، و«الهداية» ٢/ ٤٤١، و«الاختيار» ٢/ ٣٧٨-٣٧٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٧-٢٥٨.

فصل في التنفيل

قال: (ولا بأس بالتنفيلِ حالَ القتالِ فيقولُ الإمامُ: مَنْ قتل قتيلًا فله سلبُهُ، فيأخذ ما عليه من ثيابِهِ وسلاحِهِ ومركبِهِ بسرجِهِ وآلتِهِ وما معه، أو محمولًا علىٰ دابتِه من مالٍ أو يجعل لسريةٍ الربُعَ بعد الخُمُسِ وينقطع به حق الغير، ويثبت الملك بالإحراز).

لا بأسَ بأن ينفلَ الإمامُ في حالِ القتالِ ويحرض به على القتالِ، فيقول: من قتلَ قتيلًا فله سلبه، أو يقول لسرية: قد جعلتُ لكم الربُعَ بعد الخمُسِ. أي: بعد ما رفع الخمس وهٰذا لأنَّ التحريضَ على القتالِ مندوبٌ إليه، قال الله تعالىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ حَرِّضِ ٱلْمُؤْمِنِينَ عَلَى ٱلْقِتَالِۚ ﴾ [الأنفال: ٦٥] وهو حاصلٌ بالتنفيلِ، ثم التنفيلُ قد يكونُ بما ذكر وقد يكونُ بغيره، إلَّا أنَّه لا ينبغي للإمامِ أنْ ينفلَ بكل المأخوذِ لتضمنه إبطالَ حق الكل، فإنْ فعلَ ذلك مع السريةِ جاز؛ لأنَّ التصرفَ إليه، وقد تكونُ المصلحةُ فيه لشجاعةِ أولئك وكفاءتهم، والسلب: ما على المقتولِ من ثيابِهِ وسلاحِهِ فيأخذه، وكذلك يأخذُ مركبَهُ، وزادَ ما على المركبِ من سرجٍ وآلةٍ وما معه علىٰ دابتهِ من مالهِ في حقيبته أو علىٰ وسطِه. كذا ذكره صاحبُ «الهداية»[1]، وما عدا هٰذا فليس بسلبٍ وكذا ما كانَ مع غلامهِ علىٰ دابةٍ أخرىٰ.

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤٤٢.

وقد أشارَ إلىٰ هٰذِه المسألةِ بقوله: (أو محمولًا علىٰ دابتِهِ) بالإضافةِ الدالةِ على التخصيصِ به، وحكمُ التنفيلِ ٱنقطاعُ حق الباقين عنه[١].

وأما الملكُ فإنما يثبتُ بعد الإحرازِ -يعني: بدارِ الإسلامِ- لما قدمنا من قبلُ.

وفائدةُ ذلك تظهرُ فيما إذا قالَ الإمامُ: من أصابَ جاريةً فهي له فأصابها مسلمٌ واستبرأها لم يحلْ له وطؤها وكذا لا يجوزُ بيعُهَا.

وهٰذا عند أبي حنيفةَ[٢] وأبي يوسف[٢] رحمهما الله.

وقال محمدٌ[٢] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: له وطؤها (وبيعها)[٣] لأنَّ التنفيلَ يثبتُ به الملكُ عنده كما يثبتُ بالقسمةِ في دارِ الحربِ، وهذان من الزوائدِ.

قال: (وإذا لم ينفل نجعلُ السلبَ غنيمةً لا مستحقًا لمن أزال منعة مقبل زمانَ الحربِ كقطعِ طرفيه أو أسره).

إذا لم يجعل الإمامُ السلبُ للقاتلِ فالسلبُ[٤] من جملة الغنيمةِ، والقاتلُ وغيره فيه سواءٌ.

وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: السلبُ لمن أزالَ منعةَ مقبلٍ ٱحترازًا عمَّا إذا قتل مدبرًا أو أزالَ منعته، ويكونُ ذلك زمانَ الحربِ ٱحترازًا عمّا قبله وبعدَهُ، ومثلَ إزالةَ المنعةِ بقطعِ الطرفينِ أو أسره، وهٰذِه القيودُ زوائدُ، واعتبارها

---

(١) «السير الكبير» ٢/ ١٣٧-١٤٠، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٥٦-٤٥٨، و«الطحاوي» ص٢٨٤، و«المبسوط» ١٠/ ٤٧، و«اللباب» ٤/ ١٣٠-١٣١.

(٢) «الهداية» ٢/ ٤٤٢، و«الاختيار» ٢/ ٣٧٩-٣٨٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٩-٢٦٠، و«البحر الرائق» ٥/ ١٠٢.

(٣) في (ب): (وكذا يجوز بيعها).

(٤) في (ب): (فهو).

هو الصحيحُ من مذهبِ الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ دون تخصيصِ القاتلِ؛ لأنَّه مزيلُ منعةِ المقبلِ أو قاتله (أو أزالَ منعته ويكون ذلك زمانَ الحربِ، واعتبارها)[1] أكثرُ عناءً فتختصُّ بسلبه إظهارًا للتفاوتِ بينه /١٧١ب/ وبينَ غيره.

ولنا[2]: أنه مأخوذٌ بقوةِ جيشِ الإسلامِ فكان غنيمةً، فوجب أن يقسم قسمةَ الغنائمِ عملًا بالنص، وقال ﷺ لحبيب بن أبي سلمة[3]: «**ليس لكَ من (سلب)[4] قتيلكَ إلّا ما طابتْ به نفسُ إمامِكَ**»[5]، ولا ٱعتبارَ بزيادةِ العناءِ[6] لأنه في جنسٍ واحد[7] فيدارُ الحكمُ على السببِ الظاهرِ، إنما يقعُ الٱعتبارُ بالعناء إذا ٱختلفَ الجنسان كالفارسِ والراجلِ لإمكانِ الوقوفِ عليه[2].

---

(١) ساقط من (ب).

(٢) «السير الكبير» ٢/ ١٧٨-١٧٩، و«مختصر الطحاوي» ص٢٨٤، و«المبسوط» ١٠/ ٤٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٨-٢٥٩، و«اللباب» ٤/ ١٣٠-١٣١.

(٣) حبيب بن أبي سلمة هكذا في الأصل، وقال الزيلعي في «نصب الراية» ٣/ ٤٣٠: هكذا وقع في «الهداية»: حبيب بن أبي سلمة، وصوابه حبيب بن مسلمة اهـ.
وهو حبيب بن مسلمة بن مالك القرشي الفهري، يُكنىٰ أبا عبد الرحمن، ويقال له: حبيب الدروب، وحبيب الروم؛ لكثرة دخوله إليهم ونيله منهم، حارب مع معاوية بصفين وغيرها، وسيَّره معاوية إلىٰ أرمينية واليًا عليها فمات بها سنة ٱثنتين وأربعين، ولم يبلغ خمسين سنة، وقيل: توفي بدمشق.
انظر: «معرفة الصحابة» ٢/ ٨٢٠ (٦٨٩)، و«الاستيعاب» ١/ ٣٨١ (٤٨٨)، و«أسد الغابة» ١/ ٤٤٨ (١٠٦٨) «الإصابة» ١/ ٣٠٩ (١٦٠٠).

(٤) من (ب) و(ج).

(٥) رواه الطبراني ٤/ ٢٠ (٣٥٣٣) من حديث معاذ، ولفظه «**إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه**». وقال الهيثمي في «المجمع» ٥/ ٣٣١: فيه عمرو بن واقد وهو متروك.

(٦) في (ب): (الغانم).

(٧) من (ب) و(ج).

قال: (ولا ينقل بعد الإحرازِ إلَّا منَ الخمسِ).

إذا أحرزتِ الغنائمُ بدارِ الإسلامِ فلا تنفيلَ؛ لأنْ حقَّ الغيرِ قد تأكدَ فيها بسببِ الإحرازِ، وإنما ٱستثنى الخمس؛ لعدمِ حق الغانمينَ فيه[1].

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٥٨-٤٦٠، و«المبسوط» ١٠/ ٤٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٨، و«اللباب» ٤/ ١٣٠.

فصل في استيلاء الكفار

قال: (وإذا غلبَ التركُ على الرومِ فسبوهم وأخذوا أموالَهم ملكوها، وإذا غلبنا عليهم حلت لنا).

إذا غلبَ التركُ على الرومِ فسبوهم وأخذوا أموالَهم ملكوها؛ لأنَّ أموالَهم مباحةٌ، وقد وقعَ الأستيلاءُ عليها، والاستيلاءُ على المباحِ سببُ الملكِ فيه علىٰ ما نبينه إن شاء الله تعالىٰ. فإن غلبنا نحن على التركِ حلَّ لنا ما نجده[١] من ذلك المال[٢] المستولىٰ عليه أعتبارًا بسائرِ أملاكِهم[٣].

قال: (وإن غلبوا علىٰ أموالِنا فأحرزوها بدارهم نحكم بملكهم).

إذا غلبَ الكفارُ علىٰ أموالِنا وأحرزوها (بدار الحرب)[٤] ملكوها، وقالَ الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يملكونها؛ لأنَّ هٰذا الأستيلاءَ محظورٌ مطلقًا أبتداءً وانتهاءً، والمحظورُ لا ينتهضُ سببًا للملكِ علىٰ ما قرر في أصولِ الفقهِ من جهةِ الشافعي أنَّ المحظورَ لا ينتهضُ سببًا للملكِ وهو نعمة.

ولنا: أنَّ الأستيلاءَ وردَ علىٰ مالٍ مباحٍ فانعقدَ سببًا للملكِ كما لو أستولينا علىٰ مالِهم؛ وهٰذا لأنَّ عصمةَ المالِ ثابتةٌ علىٰ منافاةِ الدليلِ ضرورةَ تمكنِ المالكِ من الأنتفاعِ بالمالِ، فإذا زالت الملكيةُ زاد مباحًا

(١) في (ب): (نأخذ).
(٢) من (ب) و(ج).
(٣) «الهداية» ٢/ ٤٤٢، و«الاختيار» ٤/ ٣٨١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٦٠، و«البحر الرائق» ٥/ ١٠٢، و«اللباب» ٤/ ١٢٧.
(٤) في (ب): (بدارهم).

كما كان، إلَّا أنَّ الاستيلاءَ لا يتحققُ إلَّا بواسطةِ الإحرازِ بالدارِ؛ لأنه حينئذٍ يكون مقدورًا على المستولىٰ عليه في الحالِ والمآلِ، والمحظورُ لغيره قد صلحَ سببًا بما هو أعظمُ من الملكِ الدنيوي وهو الثوابُ عن الصلاةِ في الأرضِ المغصوبةِ، فأولىٰ أنَّ ينعقدَ سببًا لما هو دونه وهو الملكُ، وهٰذا الدليلُ مبني علىٰ أنَّ الأصلَ في (الأشياءِ الإباحةُ، وهو مذهبُ المعتزلةِ[1]، والصحيحُ من مذهبِ أهلِ السنةِ[2] أنَّ الأصل في الأشياءِ)[3] الوقفُ حتىٰ يردَ الشرعُ، فالوجهُ علىٰ هٰذا الأصلِ أنَّ العصمةَ من جملةِ الأحكامِ الشرعيةِ ثابتةٌ بخطابِ الشرعِ لمن كان مخاطبًا بحقوقِ الشرعِ، ظهرت حكمة[4] العصمة في حقه، والكافرُ غير مخاطبٍ بحقوقِ الشرعِ عندنا[5] فلم تظهر العصمةُ في حقه، فبقي مالًا غير معصوم، والاستيلاءُ

---

(١) المعتزلة: هم عمر بن عبيد، وواصل بن عطاء العزال وأصحابهما.
سموا بذلك الأسم لما أعتزلوا الجماعة بعد موت الحسن البصري رحمه الله في أوائل المائة الثانية وكانوا يجلسون معتزلين، فيقول قتادة وغيره أولئك المعتزلة
من مبادئ هٰذه الفرقة: القول بأن الإنسان مختار بشكل مطلق في كل ما يفعل، فهو يخلق أفعاله بنفسه.
القول بأن مرتكب الكبيره ليس مؤمنًا ولا كافرًا، ولكنه فاسق فهو بمنزلة بين المنزلتين، هٰذه حالة في الدنيا. أما في الآخرة فهو يدخل الجنة بل هو خالد مخلد في النار.
«شرح العقيدة الصحاوية» ٢/ ٧٩١-٧٩٢، و«الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة» ١/ ٦٤-٦٧.

(٢) «المبسوط» ١٠/ ٥٢-٥٣، و«مختصر أختلاف العلماء» ٣/ ٢٦٦-٢٦٧، و«فتح القدير» ٦/ ٣-٥، و«إيثار الإنصاف» ص٤٣٩-٤٤٢.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) من (ب).

(٥) «الهداية» ٢/ ٤٤٢-٤٤٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٦٠-٢٦١، و«البحر الرائق» ٥/ ١٠٢-١٠٣، و«اللباب» ٤/ ١٢٧.

علىٰ مالٍ غير معصومٍ موجبٌ للملكِ، وعلىٰ هٰذا[١] مذهبِ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، فالكفارُ مخاطبونَ بالشرائعِ، فظهرت العصمةُ في حقهم فلم يملكوا بالاستيلاءِ.

قال: (وإذا ظهرنا عليهم قبل القسمة حلت لأربابها أو بعده[٢] أخذوها بالقيمة إن شاؤوا).

إذا ظهرَ المسلمونَ على الكفارِ فوجدوا أموالهم بأيديهم قبل أن يقتسموها فهي لأربابها بغير شيء، وإن وجدوها بعد أن اقتسموها أخذوها بالقيمةِ إن اختاروا؛ لقوله ﷺ فيه: «**إن وجدتَه قبل القسمةِ فهو لك بغير شيء، وإن وجدتَه بعد القسمةِ فهو لك بالقيمةِ**»[٣]، ولأنَّ المالكَ الأولَ زال ملكُه بغير رضاه فكان له حقُّ الأخذِ نظرًا له، أما بعد القسمةِ ففي الأخذِ بغير شيء ضررٌ بالمأخوذِ منه بإزالةِ ملكهِ الخاص فيأخذه بالقيمةِ نظرًا لهما جميعًا[٤].

قال: (وإن اشتراها تاجرٌ وخرجَ بها أخذها مالكها الأول بالثمنِ وإلا ترك، وإن وهبَ له فبالقيمة).

إذا دخلَ تاجر إلىٰ دار الحربِ فاشترىٰ شيئًا من تلك الأموالِ وأخرجه

---

(١) من (ب).

(٢) في (ب): (بعدها).

(٣) رواه بنحوه الدارقطني ٤/ ١١٤-١١٥، والبيهقي ٩/ ١١١ من حديث ابن عباس، وفيه الحسن بن عمارة، قال الدارقطني: متروك، وقال البيهقي: هٰذا الحديث يعرف بالحسن بن عمارة، عن عبد الملك بن ميسرة، والحسن متروك لا يحتج به.

(٤) «السير الكبير» ٤/ ١١٣، و«مختصر الطحاوي» ص٢٨٦، و«المبسوط» ١٠/ ٥٤، و«فتح القدير» ٦/ ٧، و«إيثار الإنصاف» ص٤٤٣-٤٤٤.

إلىٰ دارِ الإسلامِ فمالكه الأول مخيرٌ، إن شاءَ أخذه بالثمنِ الذي ٱشتراه به، وإن شاء تركه؛ لأنَّ أخذَه منه مجانًا مستلزمٌ للضررِ في حق التاجر؛ لأنه قد دفع[1] العوض في مقابلته، فكان الأخذِ بالثمنِ أعدل نظرًا لهماَ جميعًا. هٰذا إذا ٱشتراه بنقدٍ، فإن كان ٱشتراه بعرض[2] أخذه بقيمةِ ذلك العرض[3]، وإن كان قد وهبَ له أخذه منه بالقيمةِ، لأنَّه بالهبةَ ثبتَ له فيه ملكٌ خاص فصارَ كما إذا قسمَ فلا يزال ملكه الخاصُّ إلَّا بقيمتهِ.

ومسألة الهبةِ زائدة[4].

قال: (وإن ظهرنا فحصل عبد لنا لبعض الغانمين بالقسمةِ ففقئت عيناه وغرم قيمته وتسلمه، فمالكه الأول أخذه بالقيمةِ أعمىٰ وقالا: سليمًا).

قال أبو حنيفة[5] رحمه الله: إذا أسرَ (عبد لمسلم)[6] وأدخلَ دارَ الحربِ، ثم ظهرَ المسلمونَ على الدارِ فأخذوه ونقلوه مع سائرِ الغنائمِ إلىٰ دارِ الإسلامِ وقسموا الغنائمَ، فصار ذلك العبدُ لبعضِ الغزاةِ على الخصوصِ، ثم فقأ رجلٌ عينيه وسلَّمه المولىٰ إلى الفاقئ، وأخذَ منه القيمةَ كلَّها ثم جاء المالكُ القديمُ، فله أن يأخذه من الفاقئ بقيمته أعمىٰ (عند أبي حنيفة[5]

---

(١) في (ب) و(ج): (وقع).

(٢) في (ب) و(ج): (بعوض).

(٣) في (ب) و(ج): (العوض).

(٤) «السير الكبير» ٤/ ١١٣-١١٤، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٦٧-٤٦٨، و«الاختيار» ٤/ ٤٨١، و«اللباب» ٤/ ١٢٨.

(٥) «السير الكبير» ٤/ ١١٨، و«الهداية» ٢/ ٤٤٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٦٢، و«البحر الرائق» ٥/ ١٠٤-١٠٥.

(٦) في (ب): (عبد المسلم).

رَحِمَهُ اللَّهُ)[١] (إن شاءَ وإلا ترك)[٢]، وقال[٣]: يأخذه بقيمتهِ التي أداها الفاقئ إلى المولىٰ، وهٰذا الٱختلافُ بناء علىٰ أنَّ القيمةَ التي أداها الفاقئ بدلٌ عن العينين عند أبي حنيفة[٣] رَحِمَهُ اللَّهُ وتسليم الجثةِ إليه /١٧٢أ/ شرطُ إمكانِ أخذِ جميعِ القيمةِ، فكأنها حصلت له بغير شيء كما لو وهبَ له. وعندهما[٣] ما أداه الفاقئ (بدلٌ عن العينين وعن الجثةِ جميعًا، فكان أخذه إياه ببدلٍ له بمنزلةِ الشراءِ، والعين تبقىٰ فيأخذ المالكُ القديمُ الجثةَ من الفاقئ)[٢] بالفداءِ الذي دفعه الفاقئ إن ٱختار.

قال: (أو أمة فباعها الغانم بألف فولدت وماتت فأراد الأولُ أخذَه يفتىٰ به بألف لا بالحصةِ).

قال أبو يوسف[٤] رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا أسرَ الكفارُ جاريةَ مسلمٍ وأحرزوها، ثم ظهرَ المسلمونَ وأحرزوها فوقعت في سهمِ غانمٍ فباعها بألفٍ، ثم ولدت ولدًا في يدِ المشتري، ثم ماتت (فجاءَ المالكُ القديمُ يطلبُ الولدَ فله أخذه بألفٍ إن شاء.

وقال محمد[٤]: له أخذه بحصتهِ من الألفِ إذا قسمت علىٰ قيمةِ الأم يوم)[٢] القبضِ بحكمِ البيعِ[٥]، وقيمة الولدِ يومَ الأخذِ فما أصابَ الولدُ فهو حصته ويأخذ به إن شاءَ؛ لأنَّ الولدَ صارَ أصلًا بسببِ البقاءِ إلىٰ وقتِ الأخذِ، فانقسمت الألفُ عليه وعلىٰ أمه وصار كأنهما كانا

---

(١) من (ب، ج). (٢) ساقط من (ب).

(٣) «السير الكبير» ٤/ ١١٨، و«الهداية» ٢/ ٤٤٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٦٢، و«البحر الرائق» ٥/ ١٠٤-١٠٥.

(٤) «السير الكبير» ٤/ ١٢٠-١٢١، و«فتح القدير» ٦/ ١٠، و«البحر الرائق» ٥/ ١٠٤-١٠٥.

(٥) في (ب): (الشراء).

موجودين زمانَ الشراءِ وقد هلكت الأمَّ وأرادَ المالكُ أخذَ الولدِ فإنه يأخذه بحصتهِ من الثمن كذا هنا.

ولأبي يوسف[١] رحمه الله أنَّ الولدَ قائمٌ مقامَ الأم وجزؤها، فكان بقاؤه كبقاءِ جملةِ أجزائِها، ألا ترىٰ أنَّ ولدَ المكاتبةِ لما كان قائمًا مقامَها وجزءها كان بقاؤه كبقاءِ جملةِ أجزائها حتىٰ لم يقعِ التفاوتُ في حق بقاء كل البدلِ من بقائِها وبقائِه، وإذا قامَ مقامَها لم يكن له أخذه إلَّا بالألفِ كلها.

قال: (ولا يملك حرٌّ منا ولا مدبَّر ولا مكاتب ولا أمُّ ولدٍ بالاستيلاء ويملكهم المسلمون).

لأن السببَ إنما يترتبُ عليه حكمهُ إذا صادفَ محلَّه، والمحلُّ هو المالُ المباحُ، والحرُّ معصومٌ بنفسِهِ باعتبار أن الآدميَّ خلق متحملًا (أعباء)[٢] التكاليفِ ولا قدرةَ علىٰ (القيام بها)[٣] إلَّا بواسطةِ العصمة، فكان التعرضُ له حرامًا إلَّا أن المقتضيَ تقاعد عن العملِ في حق الكافرِ؛ لوجودِ المعارضِ وهو الحاجةُ إلىٰ دفعِ شرهِ، وفي حق المسلم سلَمَ المقتضي عن معارضةِ المانعِ فعمل عملَهُ، والمدبَّرُ والمكاتبُ وأمُّ الولدِ تثبت لهم الحريةُ من وجهٍ فألحقوا بالحر مطلقًا، وأما الكفارُ فقد أسقط الشرعُ عصمتَهم جزاءً لجنايتِهم وجعلهم أرقاء[٤].

---

(١) ينظر المراجع السابقة.

(٢) في (أ): (أعناء)، وفي (ج): (اعتبار).

(٣) في (أ): (القيام بها)، وفىٰ (ج): (التكليف).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٨٨، و«المبسوط» ١٠/ ٦١، و«الهداية» ٢/ ٤٤٣-٤٤٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٨٢، و«اللباب» ٤/ ١٢٨.

قال: (والعبد إذا أبقَ إليهم فأخذوه لم يملكوه وإن ندَّ إليهم بعيرٌ ملكوه).

قال أبو حنيفة[(١)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا أبقَ (عبد لمسلم)[(٢)] فدخل إلىٰ دارِ الحربِ فأخذوه لم يملكوه.

وقالا[(١)]: يملكونه؛ لأنَّ العصمةَ فيه لحق المالكِ لقيامِ يده عليه وقد زالت يدُه؛ ولهٰذا لو أخذوه من دارِ الإسلامِ ملكوه. وله أنَّه بالإباقِ إليهم ظهرتْ يدهُ علىٰ نفسِهِ، وهٰذا لأن سقوط ٱعتبار يد نفسه إنما كان لحق المولىٰ لتتحقق يده، تمكينًا له من الٱنتفاع به، ولما زالت يد المولىٰ ظهرت يده علىٰ نفسه فصار معصومًا بنفسِهِ فلم يبقْ محلًّا للملك بخلاف المتمردِ؛ لأنَّ يد المولىٰ باقيةٌ؛ لقيامِ يدِ أهل الدارِ المانعةِ من ظهور يده، وإذا لم يثبتِ الملكُ لهم عند أبي حنيفة[(١)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ يأخذه مالكُه القديم بغير شيءٍ موهوبًا كان أو مشترًا أو مغنومًا قبل القسمةِ، وأما بعدَ القسمةِ فيؤدىٰ عوضُه من بيتِ المالِ؛ لأنَّه لا يمكن إعادةُ القسمةِ لتفرقِ الغانمينَ وتعذرِ ٱجتماعِهم، وليس له على المالكِ جعلُ الإباقِ؛ لأنَّه عاملٌ لنفسِهِ حيث يزعمُ أنَّه ملكه، وإذا ندَّ البعيرُ إليهم فأخذوه ملكوه ٱتفاقًا؛ لتحققِ الٱستيلاءِ إذ لا يدَ للبعيرِ تظهرُ عند الخروجِ من الدارِ بخلافِ العبدِ علىٰ ما قررناه[(٣)].

---

(١) «السير الكبير» ٤/ ١١٥-١١٦، و«المبسوط» ١٠/ ٥٦، و«فتح القدير» ٦/ ١١، و«اللباب» ٤/ ١٢٨-١٢٩.

(٢) في (ب): (عبد المسلم).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٨٦، و«الهداية» ٢/ ٤٤٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٣٦٤، و«البحر الرائق» ٥/ ١٠٦.

فصلٌ في المستأمنِ

قال: (وإذا دخل مسلمٌ دارَهم[١] تاجرًا لا يتعرضُ بدمٍ ولا بمالٍ وإن تعرض بغدرٍ وخرج به ملكه حرامًا فيتصدق به).

المسلمُ إذا دخل دارَ الحربِ تاجرًا بأمانٍ لم يحلْ (له)[٢] أن يتعرضَ لشيءٍ من أموالِهم ولا دمائِهم؛ لأنه ضمن بالاستئمانِ أن لا يتعرضَ لهم، فيكون التعرضُ بعد الٱستئمانِ غدرًا والغدرُ حرامٌ إلَّا إذا تقدَّم الغدرُ من ملكِهم فأخذ مالًا أو أمر بحبسٍ أو فعل ذلك غيرُه علىٰ علمٍ من المَلِكِ ولم يمنعه منه[٣]؛ لأنهم سبقوا بنقضِ العهدِ، وهٰذا بخلافِ الأسيرِ[٤]؛ لأنه غيرُ مستأمنٍ فيباحُ له التعرضُ، وإن غدر التاجرُ بهم فأخذ مالًا وخرج به ملكه ملكًا حرامًا يؤمر بالتصدقِ، أما الملكُ فلورود الٱستيلاءِ على المالِ المباحِ، وأما الحرمةُ فلأنه حاصلٌ بسببِ الغدرِ فأوجب ذلك خبثًا في الملكِ فيؤمر بالتصدقِ به؛ وهٰذا لأن الخطرَ لغيرِه فلا يكون مانعًا من ٱنعقاد السببِ علىٰ ما مرَّ.

قال: (والمستأمنُ مِنَّا إذا أربىٰ مع مسلمٍ هناك فهو جائزٌ).

---

(١) في (ب): (دار الحرب).

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) «السير الكبير» ٤/ ١٠٠-١٠١، و«المبسوط» ١٠/ ٩٦-٩٧، و«فتح القدير» ٦/ ١٧، و«اللباب» ٤/ ١٣٤.

(٤) «السير الكبير» ٤/ ٩٦، و«المبسوط» ١٠/ ٧٤، و«الاختيار» ٤/ ٣٨٣، و«الهداية» ٢/ ٤٤٥، و«اللباب» ٤/ ١٣٥.

إذا دخل مسلمٌ دارَ الحربِ بأمانٍ فعقد عقدَ الربا مع يدِ من أسلم هناك ولم يخرجْ إلىٰ دارِ الإسلامِ /١٧٢ب/ قال أبو حنيفة[١] رَحِمَهُ اللَّهُ: حلَّ له ما أخذه بذلك السببِ.

وقالا[١]: لا يحلُّ له؛ لأنه عقدُ ربا بين مسلمين فكان حرامًا كما لو كانا أسيرين في دارِ الحربِ.

وله أن المسلم ثمة وإن صار ما في يده من أموالِه المنقولةِ معصومًا بإسلامِه؛ لإحرازِه بإسلامه نفسِه وماله الذي في يدِه من كلِ وجهٍ، لٰكن لم تتم عصمتُه ولا عصمةَ أموالِه؛ لكونِه تبعًا لأهلِ دارِ الحربِ مقهورًا في يدِ عظيمِهِم؛ ولهٰذا فإن عقاره لا يصير معصومًا لكونه جزءًا من أجزاء دار الحرب فيستتبعُ الكلَّ الجزءُ بالضرورةِ فترجحت يدُ عظيمِهِم مع عمومِها علىٰ يده مع خصوصِها بخلافِ مالِه المنقول؛ لأن يدَ الحافظةِ رجحت يدَ الخصوصِ لكنها لم تظهرْ ولم تكملْ للبقاءِ تحت قهرِ عظيمِهِم، فكانت عصمةُ أموالِه[٢] المنقولةِ ناقصةً تبعًا لنقصانِ عصمتِه لبقائِه تحت قهرِهم، فكانت أموالُه المنقولةُ معصومةً من وجهٍ غير معصومةٍ من وجهٍ، فمن حيث العصمة لم يحلْ له الأخذُ إلَّا برضاه، ومن الحيثيةِ الأخرىٰ يحلُّ الأخذُ برضاه: وقد رضي هٰهنا بالأخذِ بعلةِ الربا فيكون حلالًا، كمال الحربي يحل للمسلمِ المستأمنِ إذا أخذه برضاه بخلاف الأسيرين؛ لثبوتِ عصمةِ أموالهِما من كلِ وجهٍ تبعًا للعصمةِ الأصليةِ، والأصلُ بقاؤها إلىٰ أن يوجد المزيلُ ولم يوجد[٣].

---

(١) «السير الكبير» ٤/ ٢٣٦-٢٣٧، و«المبسوط» ١٠/ ٩٥.

(٢) في (ب): (أموالهم).

(٣) «السير الكبير» ٤/ ٢٣٦-٢٣٧، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٤٩١-٤٩٢، و«المبسوط» ١٠/ ٩٥.

قال: (ونُحرمَه مع الحربي).

قال أبو حنيفة[١] ومحمدٌ[١] رحمهما الله: إذا دخل التاجرُ دارَ الحربِ بأمانٍ فباع حربيًّا درهمًا بدرهمين أو باع خمرًا أو خنزيرًا أو ميتة بمال، أو قامرهم فقمرَهم وأخذَ ذلك المالَ حلَّ له.

وقال أبو يوسف[١] رحمه الله: لا يحل؛ لأنَّ هٰذِه التصرفاتِ حرامٌ على المسلمِ أينما كان، ولهٰذا لم تجزْ بين المسلمين الداخلين ثمة بأمانٍ.

ولهما[١]: أن أموالَهم مباحةٌ لنا حتىٰ حَلَّ لنا أخذُ ما نظفُر به منها، وإنما لم يجزْ للمستأمنِ منَّا أخذُ ذلك، لأنَّه يكون غدرًا وفي هٰذِه الصورةِ لا يكون الأخذُ غدرًا؛ لأنه أخذٌ عن رضا منهم فلا يحرم كأخذِ الصيدِ والحشيشِ.

قال: (وقتلُ أخذِ الأسيرين صاحبه لا يوجبُ ديةً ولا قصاصًا وتجبُ الكفارةُ في الخطأ، وقالا: عليه الدية في ماله كالمستأمنين).

قال أبو حنيفةَ[٢] رحمه الله في المسلمين إذا أسرا وأدخلا دار الحربِ فقتل أحدُهما صاحبَه عمدًا أو خطأ: لا شيء عليه إلَّا الكفارةَ في الخطأ.

وقالا[٢]: عليه الديةُ في مالِه)[٣] لهما أنه قتل مسلمًا بغيرِ حقٍ إلَّا أنه في العمدِ سقط القصاصُ للشبهةِ فبقيت[٤] الديةُ، وصار كما لو دخلا دارَ

---

(١) «السير الكبير» ٤/ ٢٣٣-٢٣٤، و«المبسوط» ١٠/ ٥٦-٥٩، و«الهداية» ٣/ ٧٣، و«اللباب» ٢/ ٤١.

(٢) «السير الكبير» ٥/ ١٢٩-١٣٠، و«الهداية» ٢/ ٤٤٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٦٧-٢٦٨، و«البحر الرائق» ٥/ ١٠٨-١٠٩.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) في (ج): (فثبتت).

الحربِ مستأمنين فقتل أحدهما الآخر، فإنه يلزمه الكفارةُ في الخطأ والديةِ في مالهِ في العمدِ والخطأ، كذا ذكره صاحبُ «الهدايةِ»[١] من غيرِ خلافٍ، فكذا هٰهنا.

وله: أن الأسيرَ بحكمِ القهرِ صار تبعًا لهم والأصلُ غيرُ معصومٍ، فكذا التبعُ، وبدون العصمةِ الكاملةِ لا تجبُ الديةُ كما لو قتل في دارِ الحربِ المسلمُ الذي دخل إليهم بأمانٍ من أسلمَ منهم ولم يهاجرْ.

قال: (وتثبتُ العصمةُ بالدارِ لا بالإسلامِ).

إذا أسلم الحربي في دارِ الحربِ فقتله مسلمٌ عمدًا أو خطأ وله ورثةٌ مسلمون في دارِ الحربِ فلا شيءَ عليه إلَّا الكفارةَ في الخطأ. وقال الشافعي[٢] رَحِمَهُ اللَّهُ: تجبُ الديةُ في الخطأ ويجبُ القصاصُ في العمدِ. وهٰذا الخلافُ بناء علىٰ ما ذكره في الكتابِ من الأصلِ، وهو أن العصمةَ عنده تثبتُ بالإسلامِ نفسه وعندنا العصمةُ المقومةُ ثابتةٌ بالإحرازِ بدارِ الإسلامِ والموثمةُ ثابتةٌ بالإسلامِ، وقد أكتفي بذكرِ الأصلِ في الكتابِ عن ذِكر الفرعِ.

له: أنه أراق دمًا معصومًا لوجودِ سببِ العصمةِ وهو الإسلامُ (لأن الإسلام)[٣] سببٌ للكرامةِ وهٰذا لأنَّ أصلَ العصمةِ وهي الموثمةُ ثابتٌ إجماعًا لحصولِ الزجرِ بها، والمقومةُ كمالٌ في الزجرِ لحصولِ كمالِ الاْمتناعِ عن التعرضِ للمعصومِ فتكون العصمةُ المقومةُ تابعةً للموثمةِ فتنزلُ منها منزلةَ الوصفِ من الأصلِ فتعلق بما علق به الأصلُ.

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤٤٦.

(٢) «المهذب» ٢/ ٤٢٤، و«الوجيز» ص٢٠٥، و«تكملة تكملة المجموع» ٢١/ ١٢٠،

(٣) من (ج).

ولنا[١]: قوله تعالىٰ: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢].

جعلُ التحريرُ جميعَ الموجبِ إما نظرًا إلىٰ حرفِ الفاءِ المستعمل في الجزاءِ الذي هو عبارةٌ عن الكافي، وإما لأنه كلُّ المذكورِ فيجبُ ٱنتفاءُ غيرِهِ بإشارةِ النصِ، ولأن العصمةَ الموثِمةَ بالآدميةِ؛ لأنه خلق متحملًا أعباءَ التكليفِ ولا قدرة على القيامِ بها إلَّا بعدمِ التعرضِ، والأموالُ تابعةٌ للآدميةِ، وأما العصمةُ المقومةُ فالأصلُ فيها الأموالُ؛ لأن التقومَ يؤذنُ بجبرِ الفائتِ؛ لأن مفوتَها ومستهلَكها يجبُ عليه عوضُها. ومعنى التقومِ: إقامةُ غيرِها مقامها عند الإتلافِ، وهٰذا في الأموالِ دون النفوسِ؛ لأن القتلَ إن كان عمدًا فالموجبُ القصاصُ ولا جبرَ فيه للفائتِ، وإن كان خطأً فالديةُ غيرُ مماثلةٍ للنفسِ، والجبرُ بإقامةِ المثلِ مقامَ الفائتِ صورةً أو معنىٰ، والمماثلةُ من شرطِ جبرِ الفائتِ، وهي في المالِ دون النفوس، فكانت النفوسُ تابعةً للأموالِ في العصمةِ المقومةِ، ثم إن المقومةَ في الأموالِ بالإحرازِ بدارِ الإسلامِ؛ لأن العزةَ بالمنعة[٢]؛ لأن التقومَ يشعرُ بالعزةِ فثبتَ بسببٍ له أثرٌ في العزةِ وهو منعةُ المسلمين في دارِ الإسلامِ، فكذلك في النفوسِ؛ لأنها تابعةٌ للأموالِ /١٧٣أ/ في المقومةِ، والشرعُ أسقطَ منعةَ الكفارِ لأنه أوجبَ إبطالَها، ولا يقالُ فما بالُ المرتدِّ والمستأمنِ في دارِنا لا تتقومُ نفوسهما؛ لأنا نقولُ هما[٣] في الصورةِ في الدارِ ومن حيث المعنىٰ في دارِ الحربِ لقصدِهما

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤٤٨، و«إيثار الإنصاف» ص٤٦٥-٤٦٦.

(٢) في (ج): (بالمنفعة).

(٣) في (ب) و(ج): (هم).

الٱنتقالَ إليها فكانوا في دارِهم حكمًا؛ لأن العبرة للمعاني[١].

قال: (ولو ٱشترىٰ أمةً في دارهم واستبرأها بحيضةٍ فقربانها لا يجوزُ إلَّا بعد إخراجها، وأجازه قبله).

قال أبو حنيفة[٢] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا ٱشترى المسلمُ جاريةً من أصلِ الحربِ في دارِهم واستبرأها بحيضةٍ لم يقربْها حتىٰ يخرجَها إلىٰ دارِ الإسلامِ، وقال محمدٌ[٢] رَحِمَهُ ٱللَّهُ له أن يطأَها بعد الٱستبراءِ قبل الإخراجِ؛ لأنه ملكَها بالشرطِ، وهو مطلقٌ للتصرفِ. وله أن الملكَ فيها إنما يتأكدُ بالإحرازِ بدارِ الإسلامِ، فكان تمامُ الملكِ به؛ لأنه يشركهم المددُ في الغنائمِ إذا لحقهم قبل الإحرازِ بالدارِ.

قال: (ولو زنىٰ ثمة لا نحده).

هٰذا فرعُ ٱختلافهم في أن دارَ الإسلامِ عندنا غيرُ دارِ الحربِ والأحكامُ متغايرةٌ، وعند الشافعي[٣] رَحِمَهُ ٱللَّهُ متحدةٌ، فإذا زنىٰ في دارِ الحربِ كان كالزنا في دارِ الإسلامِ في وجوبِ الحد؛ لأن المحرمَ قائمٌ ولا أثر للدارِ في نفي الوجوبِ، وعندنا[٤] أنه لما ٱنقطعت ولايةُ الإمامِ عن دارِ الحربِ ومن فيها وليس لغيرِ الإمامِ إقامةُ الحدودِ خلا الوجوبُ عن الفائدةِ حيث لم يترتبْ مقصودُه عليه، والشيء ينتفي بانتفاءِ مقصودِه.

---

(١) «السير الكبير» ١/ ٩٠-٩١، و«الهداية» ٢/ ٤٤٨، و«إيثار الإنصاف» ص٤٦٥-٤٦٦.

(٢) «السير الكبير» ٨/ ٣٧٩، و«المبسوط» ١٠/ ٧٢، و«الهداية» ٢/ ٤٤٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٥٩-٢٦٠، و«البحر الرائق» ٥/ ١٠٢.

(٣) «المهذب» ٢/ ٢٤٢، و«تكملة تكملة المجموع» ٢١/ ١٢٠، و«التنبيه» ص٢٣٨.

(٤) «السير الكبير» ٥/ ١٠٨-١٠٩، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٧٣، و«مختصر الطحاوي» ص٢٨٦، و«الهداية» ٢/ ٣٩٠، و«اللباب» ٣/ ١٩٢.

قال: (وإذا دخل حربيٌّ إلينا غيرَ مستأمنٍ فأخذَه مسلمٌ فهو فيءٌ للمسلمين وخصاه به، ولو أسلمَ فأخذَه فهو فيءٌ لهم، وقالا: هو حرٌّ).

قال أبو حنيفة[١] رَحِمَهُ اللهُ: إذا دخل حربيٌّ في دارِنا بغيرِ أمان فأخذه مسلمٌ فهو فيءٌ لجماعة المسلمين.

وقالا[١]: هو لمن أخذه.

وفي وجوبِ الخمسِ عنهما روايتان، ولو كان هٰذا الحربيٌّ قد أسلمَ بعد الدخولِ إلينا قبل أن يستولي عليه أحدٌ ثم أخذه مسلمٌ فهو فيءٌ لعامةِ المسلمين عنده[١].

وقالا[١]: هو حرٌّ.

لهما: أن يدَ الأخذِ سبقت إليه وهو مباحٌ فكان ملكه كما لو باض الطيرُ أو تكيس الظبيُ المباحُ في أرضِ رجلٍ فأخذه غيرهُ كان ملكًا للآخذِ، فكذا هٰهنا يكون للآخذِ بها لا لأصحابِ الأرضِ وهم المسلمون، وكما لو مرَّ سيلٌ بأرضٍ فيها حظيرةٌ ثم ٱنقطع والماءُ في الحظيرةِ وفيها سمكٌ قد أتىٰ به السيلُ فأخذها إنسانٌ كانت له لا لرب الحظيرةِ، وأمَّا إذا أسلمَ قبل الأخذِ فقد عُتِقَ بإسلامِه كما لو تقدَّم إسلامهُ[٢] دخولَ الدارِ والمسلمُ لا يتملك ٱبتداءً.

وله: أن دارَ الإسلامِ في يدِ المسلمين من كلِّ وجهٍ فإذا دخلها الحربيُّ وقع في أيديهم حال دخوله، فصار ملكًا لهم؛ لأن الحاصل فيما هو في

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٩٢، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٤٧، و«فتح القدير» ٦/ ٢٣-٢٤، و«البحر الرائق» ٥/ ١٠٩.

(٢) في (ب): (إسلامهم).

أيديهم من كلٍّ وجهٍ حاصلٌ في أيديهم حكمًا من كل وجهٍ، فمن أخذه بعد ذلك فقد أخذ ما هو مملوكٌ لهم فلا يكون له بخلافِ ما ٱستشهدا به؛ لأن البقعةَ ثمةَ ليست في يد صاحبِها من كلِّ وجهٍ؛ لأنه جزءٌ من أجزاءِ دارِ الإسلامِ، ودارُ الإسلامِ بمجموعِها في يدِ جماعةِ المسلمين، فكان هٰذا الجزءُ في يدهم[١] باعتبارِ يدِ العمومِ وفي يدِ صاحبهِ باعتبار يدِ الخصوصِ فلم يكن ما وقع فيها واقعًا في يدِ صاحبِها حكمًا مطلقًا بل هو واقعٌ باعتبارِ يدِ الخصوصِ، واقعٌ في أيدي الكلِّ باعتبارِ يدِ العمومِ، فإذا أخذه غيرُ صاحبِ البقعةِ فقد أثبت يدهُ عليه حقيقةً فكان في يدهِ حقيقةَ من كل وجهٍ ورجحت يدهُ علىٰ يدِ رب البقعةِ الثابتةِ حكمًا من وجهٍ دون وجهٍ، فكان الآخذُ أولىٰ حتىٰ لو وجد من رب البقعةِ ما تريدُ يدُه قبل أحدٍ غيرِه من سدِ فوهةِ النهر أو إغلاقِ بابِ الدارِ أو إعدادِ البقعةِ لذلك[٢] ترجحت يدُه، وأما إذا أسلم بعدَ الدخولِ فقد أسلم بعد ما صار ملكًا لهم فلا يعتقُ، بمنزلةِ العبدِ الكافرِ المملوكِ للمسلم إذا أسلم[٣].

قال: (وإذا ٱستأمن الحربيُّ لم يمكَّنْ من الإقامةِ سنةً، فإن أقامها وضعت عليه الجزيةُ، ولا يمكَّن من العودِ).

إذا دخل الحربيُّ دارنَا مستأمنًا لم يمكن أن يقيمَ عندنا سنةً، ويقولُ له الإمامُ: إن أقمت سنةً تامةً وضعت عليك[٤] الجزيةُ. والأصلُ في هٰذا أنَّ

---

(١) في (ب): (أيديهم).
(٢) في (ب) و(ج): (كذلك).
(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٩٢، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٤٧، و«فتح القدير» ٦/ ٢٣-٢٤، و«البحر الرائق» ٥/ ١٠٩.
(٤) في (ب): (عنك).

الحربيَّ لا يمكن من إدامةِ الإقامةِ في دارِنا إلَّا باسترقاق أو جزيةٍ؛ لأنه إذا دامت إقامتُه صار عينًا لدارِ الحربِ وعونًا علىٰ دارِ الإسلامِ وفيه من الضررِ ما فيه، وأما الإقامةُ اليسيرةُ فيمكَّنُ منها؛ لأنَّ في منعِها قطعَ المنفعةِ عن دارِ الإسلامِ من الجلبِ والميرةِ والتجارةِ، ولا يلحقُ الضررُ المعلَّقُ بطولِ الإقامةِ بيسيرِها ولما ٱحتجنا إلىٰ مدةٍ فاصلةٍ بين الكثيرةِ والقليلةِ، والسنةُ مدةٌ تجب فيها الجزيةُ فتكون الإقامةُ لمصلحةِ الجزيةِ، فإن رجع إلىٰ دارِهِم قبل تمامِ السنةِ فلا سبيلَ عليه، وإن أقام عليها كان ذميًّا؛ لأنه صار ملتزمًا للجزيةِ حيثُ يقدم الإمامُ إليه وتعريفه ذلك، وللإمامِ أن يؤقت ما دون السنةِ لذلك كالشهرِ والشهرين بحسب ما يرىٰ، وإذا أقام تلك المدةِ صار /١٧٣ب/ ذميًّا لا يمكنُ من بعد من النقلةِ إلىٰ دار الحربِ؛ لأنَّ عقدَ الذمةِ لا ينقضُ(١).

قال: (فإنْ عادَ وله دينٌ ووديعةٌ عندَ مسلمٍ أو ذميٍّ أُبيحَ دمُهُ، وإذا ظهرَ عليهم فأُسِرَ أو قُتِلَ سقطَ الدينُ وصارتِ الوديعةُ فيئًا).

الحربيُّ إذا دخلَ دارنا بأمانٍ ثم عادَ إلىٰ دارِ الحربِ وتركَ وديعةً عندَ مسلمٍ أو عندَ ذميٍّ أو تركَ دينًا في ذمةِ مسلمٍ أو ذميٍّ فقد صارَ دمَهُ بعودِهِ مباحًا؛ لكونه قد أبطلَ أمانَهُ بالعودِ فعادَ إلى الإباحةِ، وما في دارِ الإسلامِ من أموالِهِ علىٰ خطرٍ فإنْ أُسِرَ أو ظهرَ على الدارِ فقُتِلَ سقطتْ ديونُه وصارتِ الوديعةُ فيئًا.

---

(١) «السير الكبير» ٥/ ٢٤١-٢٤٢، و«مختصر الطحاوي» ص٢٩١، و«الهداية» ٢/ ٤٤٦، و«اللباب» ٤/ ١٣٥.

أمَّا الوديعةُ فلأنَّ يدَ المودِعِ كيدِهِ فتصيرُ فيئًا تبعًا لنفسِهِ، وأمَّا الدَينُ فلأنَّ إثباتَ اليدِ عليه بواسطةِ المطالبة، ولا مطالبةَ ويدُ مَنِ الدينُ في ذمَّتِهِ أسبقُ إليه من غيرِهِ فاختصَّ به فسقطَ عنه، وإنْ قُتِلَ في دارِ الحربِ ولم يظهرْ عليها، أو مات فالقرض والوديعة لورثته؛ لأن نفسه لما لم يظهر على الدارِ لم تصرْ مغنومةً فكذلك ماله، وحكمُ الأمانِ باقٍ علىٰ مالِهِ فيُردُّ عليه أو علىٰ ورثته بعده[1].

قال: (ولا نخمسُ ما أوجفَ عليه المسلمون بغيرِ قتالٍ ويصرفُ مصرفَ الخراجِ).

ما أوجفَ عليه المسلمون من أموالِ أهلِ الحربِ بغيرِ قتالٍ يصرفُ في مصالحِ المسلمين كما يُصرفُ الخراجُ، وهٰذا كالأراضي التي أجلوا أهلَهَا عنها والجزية، ولا خمسَ في ذلك؛ لأنه ﷺ أخذَ الجزيةَ وكذا عمرُ ومعاذٌ[2] رضي الله عنهما، ووضعها في بيتِ المالِ ولم يخمسْ ولأنه مالٌ (مملوك)[3] بقوة المسلمين من غيرِ قتالٍ فلم يكنْ غنيمةً فلا يخمسُ بخلافِ الغنيمةِ؛ لأنه مملوكٌ بمباشرةِ الغانمين وبقوةِ المسلمين فاستحقَّ الخمسَ بمعنىٰ قوةِ المسلمين، واستحقَّه الغانمون بمعنىٰ مباشرةِ القتالِ، وهاهنا السببُ واحدٌ وهو قوةُ المسلمين فلا معنىٰ لإيجابِ الخمسِ[4].

---

(١) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٤٥١، و«الهداية» ٢/ ٤٤٧، و«البحر الرائق» ٥/ ١١١، و«اللباب» ٤/ ١٣٦.

(٢) تقدمت ترجمته.

(٣) في (ب): (أخذ)، وفي (ج): (أخذه).

(٤) «مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٥١١-٥١٥، و«الهداية» ٢/ ٤٤٧، و«اللباب» ٤/ ١٣٦.

قال: (ولو التجأ حربيٌّ غيرُ مستأمنٍ أو مَن عليه قصاصٌ إلى الحرمِ لا نقتله فيه، بل يحبسُ عنه الغداءُ ليخرجَ فيقتلَ).

إذا التجأَ إلى الحرمِ مَنْ عليه القصاصُ أو التجأَ إليه حربيٌّ دخل دارنا بغير أمانٍ لا يقتلُ فيه، بل يمنعْ عنه الطعامُ والشرابُ حتىٰ يخرجَ فيقتلَ.

وقال الشافعي[(١)] رحمه الله: يقتلُ فيه؛ لقوله ﷺ: « **الحرمُ لا يعيذُ عاصيًا ولا فارًّا بدمٍ** »[(٢)]؛ ولأنَّ حقَّ قتلِهِ ثابتٌ في الحالِ قبلَ دخولِ الحرمِ فتأخيرُهُ كإبطالِهِ، ألا ترىٰ أنَّ شهودَ التأخيرِ إذا رجعوا يضمنون والحرمُ لا يبطلُ هٰذا الحقَّ فلا يؤخرُ.

ولنا[(٣)]: قولُهُ تعالىٰ: ﴿ **وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا** ﴾ [آل عمران: ٩٧]، أي: ومن دخلَ الحرَم خائفًا كان آمنًا مما كان يخافُهُ عند دخولِهِ بالنقل[(٤)] المستفيض وهٰذا كان يخافُ عندَ دخولِهِ القتلَ فوجبَ أنْ يكونَ آمنًا منه فيه، وما رواه قاله يومَ فتحِ مكةَ ساعةَ أبيحتْ له قال: « **عادتْ حرامًا إلىٰ يومِ القيامةِ** »[(٥)].

انتهىٰ حكم الحل المقيد.

---

(١) «تكملة المجموع» ٢١/ ٢٤٣.

(٢) رواه البخاري (١٨٣٣)، ومسلم (١٣٥٤).

(٣) «السير الكبير» ١/ ٢٥٥-٢٥٦، و«المبسوط» ١٠/ ٩٤-٩٥.

(٤) في (ج): (بالقتل).

(٥) روىٰ بنحوه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» ١/ ٢٦١.

فصل في العشر والخراجِ

قال: (يُؤخذُ العشرُ من أرضِ العربِ ما بين العذيبِ إلىٰ أقصىٰ حجرٍ باليمنِ بمهرةٍ إلىٰ حد الشامِ؛ والخراجُ من السوادِ ما بينَ العذيبِ إلىٰ عقبةِ حلوانَ (ومن العلثِ أو الثعلبيةِ إلىٰ عبادان).

أرضُ العربِ كلُها أرضُ عُشْرٍ وهي ما بينَ العذيبِ[(١)] إلىٰ أقصىٰ حجرٍ[(٢)] باليمنِ بمهرةٍ[(٣)]، وهٰذا حدُّ الطولِ، وأمَّا العرضُ فما بينَ يبرينِ[(٤)] ورمل[(٥)] عالجْ إلىٰ حدِّ الشامِ، والسوادُ أرضُ خراجٍ، وهو مَا بينَ العذيبِ إلىٰ عقبةِ حلوان[(٦)] ومن العلثِ[(٧)] إلىٰ عبادانَ[(٨)].

---

(١) العذيب: واد بظاهر الكوفة. وماء لبني تميم. وديار تميم إنما هيٰ باليمامة. «معجم ما استعجم» ٣/ ٩٢٧، و«الروض المعطار» ٤٠٩.

(٢) حجر: باليمامة وهي منازل بني حنيفة وبعض مضر. «الروض المعطار» ١٨٩.

(٣) مهرة: من بلاد اليمن، وقيل قبيلة في اليمن. «معجم البلدان» ٥/ ٢٣٤، و«الروض المعطار» ٥٦١.

(٤) بيرين: هو رسل معروف في بنىٰ سعد من تميم. «معجم ما استعجم» ٤/ ١٣٨٧.

(٥) رمل عالج: رمال بين فيد والقريات ينزلها بنو بحتر من طمئ وهي متصلة بالثعلبية علىٰ طريق مكة. «معجم البلدان» ٤/ ٧٠.

(٦) عقبة حلوان: مدينة سهلية جبلية علىٰ سفح الجبل المطل على العراق وهى المرادة هنا، وحلوان أيضًا من أعمال مصر وبليدة في نيسابور. «الروض المعطار» ١٩٥، و«معجم البلدان» ٤/ ٢٩٢-٢٩٣.

(٧) العلث: قرية علىٰ دجلة بين عكبرىٰ وسامراء.

(٨) عبادان: بالعراق بقرب البصرة وهى الأن تابعة لإيران. «الروض المعطار» ٤٠٧.

قالَ صاحبُ «الهدايةِ»[١] : ومن الثعلبيةِ[٢]. ويقالُ من العلثِ فذكرتهما جميعًا، وذِكْرُ الثعلبيةِ زائدٌ. وإنَّماَ كانتُ أرضُ العربِ عُشريةَ؛ لأنَّه ﷺ (والخلفاء الراشدون)[٣] ﷺ لم يأخذوا مِنْهَا خَرَاجًا؛ ولِأَنَّ الخراجَ بمنزلةِ الفيءِ فلا يثبتُ في أرضِ العربِ كَمَا لا يثبتُ في رقابِهِم؛ وهذا لأنَّ مِنْ شرطِ وضعِ الخراجِ على الأرضِ أَنْ يُقرَّ أهلُها عليها علىٰ كفرِهِم كَمَا في سوادِ العراقِ، والمشركونَ من العربِ لا يُقَرُّونَ على الكفرِ بَلْ لا يقبلُ منهم إلَّا الإسلامُ أو السيفُ؛ ولأنَّ عمرَ ﷺ وضعَ الخراجِ على السوادِ حينَ[٤] ٱفتتحهَا عمرو بن العاصِ، وكذا أجمعت الصحابةُ ﷺ علىٰ وضع الخراج على الشام[٥].

قال: (ويجوزُ لأهلِها بيعُ أراضِيها).

أرضُ السوادِ مملوكةٌ لأهلِها يجوزُ لهم بيعُها والتصرفُ فيها، والضميرُ في (أراضِيها) للسوادِ؛ لأنَّ الإمامَ إذا فتحَ أرضًا عَنْوةً وقهرًا وأَقرَّ أهلَها علَيها ووضعَ الخراجَ عليهم وعلىٰ أراضيهم، كانَ إقرارُه إِيَّاهُم عليها إبقاءً لملكِهِم علىٰ تلك الأراضي، فيجوزُ لهم التصرفُ فيها لوجودِ المطلقِ وهو الملكُ[٦].

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤٤٩.

(٢) الثعلبية: من منازل مناطق مكة من الكوفة بعد السقوف وقبل الخزيمة. «معجم البلدان» ٤/ ٧٨.

(٣) في (ب) و(ج): (وخلفاؤه الراشدون).

(٤) في (ب) و(ج): (فتحها بمحضرِ من الصحابةِ ﷺ وضع الخراج وكذا علىٰ مَصَر حين).

(٥) «فتح القدير» ٦/ ٣١-٣٢، و«الاختيار» ٤/ ٣٩٠-٣٩١، و«البحر الرائق» ٥/ ١١٢-١١٣، و«اللباب» ٤/ ١٣٧-١٣٨.

(٦) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٩٤-٤٩٦، و«الهداية» ٢/ ٤٤٩، و«الاختيار»

قال: (وإذا فُتحت أرضٌ عَنوةً فَقُسمَتْ أو أسلمَ أهلُها كانتْ عُشريةً أو أقَّر أهلَها عليها أو صُولحوا فخراجيةً إلَّا مكةَ فقد فَتَحها ﷺ عَنْوةً وترَكَها من غيرِ خراجٍ).

كلُ أرضٍ فتحَها الإمامُ عنوةً وقَسَّمَها بين الغانمينَ، أو أسلمَ أهلُها فهي أرضُ عُشرٍ[١]؛ لأنَّه لا يجب[٢] على المسلمِ ٱبتداءً إلَّا ما يليقُ بحالهِ، والعشرُ هو الأليق به لمَّا فيه من معنى العبادةِ؛ ولأنَّ العشرَ أخفُ /١٧٤أ/ لأنَّه معلقٌ بنفسِ الخارجِ[٣]، وكلُ أرضٍ فُتحتْ عنوةً فلم تقسمْ بل أقرَّ أهلَها عليها أو صُولحُوا عليها فهي أرضْ خراجٍ، لأنَّ التوظيفَ على الكافرِ ٱبتداءً بالخراجِ أليقُ به[٤]، ثم ٱستثنىٰ مكةَ منْ هٰذا، فإنَّ النَّبيَّ ﷺ ٱفتتَحها عنوةً وتركَها لأهلِها ولَمْ يوظفْ الخراجَ، والاستثناءُ من الزوائدِ[٥].

قال: (ويُعطَى المواتُ حكَم ما قَرُبَ منه فمنْ أحيَّاهُ وهو من حَيزِ أرضِ العُشْرِ كانَ عُشريًا أو الخراجِ فخارجيًّا إلَّا البصرةَ لاتفاقِ الصحابةِ، واعتبرَهُ بماءٍ يحيىٰ به، فإنْ كانَ ببئر أو عينٍ مستخرجةٍ أو بالأنهارِ العظامِ كان عشريًا، أو بنهرِ مُحْتَفَرٍ كنهرِ الملكِ ويزدجرد فخراجيًّا).

٤/ ٣٩١، و«اللباب» ٤/ ١٣٨.

(١) في (ب): (عشرية).

(٢) في (أ): (يوظف).

(٣) في (ج): (الخراج).

(٤) من (ب) و(ج).

(٥) «الهداية» ٢/ ٤٤٩-٤٥٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٩١، و«البحر الرائق» ٥/ ١١٣، و«اللباب» ٤/ ١٣٩.

إذا أحيا أرضًا مواتًا يعتبرُ عند أبي يوسفَ[(١)] رَحِمَهُ اللَّهُ بحيّزها فإنْ كانتْ من حَيزِ أرضِ الخراجِ. أي: بجوارِهِ وقربِه كانتْ خراجيةً، وإنْ كانت من حيزِ أرضِ العُشر كانت عشريَّةً، وكان القياسُ علىٰ رأيه[(٢)] أنْ تكونَ البصرةُ خراجيةً، لأنَّها بقربِ أرضِ الخراجِ إلَّا أنَّها عُشريَّةٌ عنده بإجماعِ الصحابةِ[(٣)] فتركَ القياس لإجماعِهم؛ وهٰذا لأنَّ حيزَ الشيءِ يُعطىٰ له حكمُه كما يعطىٰ لفناءِ الدَّارِ حُكْمُّ الدارِ حتىٰ ينتفعَ بفناءِ الدارِ صاحبُها، ولا يجوزُ إحياءُ ما قرُبَ من العامرِ حيثُ يُجعلُ له حكمُ العامرِ للجوارِ والقربِ.

وعند محمدٍ[(٣)] رَحِمَهُ اللَّهُ: المعتبرُ ما أحياهَا به، فإنْ أَحْياهَا ببئرٍ ٱحتفرَها، أو عينٍ ٱستخرجَها، أو بماءِ دجلةَ والفراتِ والأنهارِ العِظَامِ التي لا يَملِكها أحدٌ فهي عُشريَّةٌ، وكذا إذا أحيَّاهَا بماءِ السماءِ، وإنْ أحيَّاهَا بماءِ الأنهارِ التي ٱحتفرتها الأعاجمُ مثلَ نهر الملكِ[(٤)] ونهر يزدجرد[(٥)] فهي خراجيَّةٌ لِمَا ذكرْنَا من ٱعتبارِ الماءِ، فإنَّ سببَ النَّماءِ والحياةِ هو الماءُ، فكانَ ٱعتبارُ سببِ الحياةِ أولىٰ؛ ولأنَّ توظيفَ الخراجِ على المسلمِ ٱبتداءً

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤٥٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٩٢، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٧٢، و«البحر الرائق» ٥/ ١١٥، و«اللباب» ٤/ ١٣٩-١٤٠.

(٢) في (ب): (رواية أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ).

(٣) «الهداية» ٢/ ٤٥٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٩٢، و«البحر الرائق» ٥/ ١١٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٧٢، و«اللباب» ٤/ ١٣٩-١٤٠.

(٤) نهر الملك: كورة واسعة ببغداد بعد نهر عيسىٰ.
«معجم البلدان» ٥/ ٣٢٤.

(٥) يزدجرد بن بهرام بن سابور أحد ملوك الفرس.
«تاريخ الطبرىٰ» ٢/ ٦٣-٦٤.

لا يجوزُ كُرْهًا فيُعتبرُ الماء، فإذًا سقى الأرضَ بماءِ الخراجِ دلَّ على التزامِه للخراجِ فيوظف عليه لالتزامِه ذلكَ[١].

قال: (ويُؤخذُ مَا وضعَه عمرُ رضي الله عنه منْ كل جَديَبٍ يبلغه الماءُ صاعٌ ودرهمٌ، ومن الرطبةِ خمسةٌ، ومن جريبِ الكَرمِ أو النخل المتصلِ عشرةٌ، ويوضعُ علىٰ مَا سُوىٰ ذلكَ بحسبِ الطاقةِ وينقصُ (عنه)[٢] لنقصانِ الربعِ ويمنعُ الزيادةَ للزيادةِ وأجازَها).

الخراجُ الذي وضعه عمرُ رضي الله عنه علىٰ أهلِ السواد من كلِ جريبٍ يبلغُه الماءُ قفيزٌ هاشميُ وهو الصاعُ ودرهمٌ والجريبُ ستونَ ذراعًا في ستينَ ذراعًا في ذلكَ الوقتِ، وعلىٰ جريبِ الرطبةِ خمسةُ دراهمَ، ومن جريبِ الكَرْمِ المتصلِ عشرةُ دراهمَ هو المنقولُ عن عمرَ رضي الله عنه، فإنَّه بعثَ عثمانَ ابنَ حنيفْ[٣] ليَمْسحَ سوادَ العراقِ وبعثَ عليه حذيفةَ مشرفًا، فمسحَ فبلغَ ستًا وثلاثينَ ألفَ ألف جريبٍ، ووضعَ علىٰ ذلكَ ما قُلنا بمحضرٍ من الصحابةِ[٤] من غيرِ نكير، فكانَ إجماعًا.

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤٥٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٩٢، و«البحر الرائق» ٥/ ١١٥، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٧٢، و«اللباب» ٤/ ١٣٩-١٤٠.

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) هو عثمان بن حنيف الأنصاري الأوسي، شهد أحد، والمشاهد بعدها، ٱستعمله عمر علىٰ مساحة سواد العراق، واستعمله علي على البصرة فبقىٰ عليها حتىٰ وقعة الجمل، ثم سكن الكوفة وبقىٰ إلىٰ زمان معاوية.
انظر: «معرفة الصحابة» ٤/ ١٩٥٨ (٢٠١٦)، و«الاستيعاب» ٣/ ١٥١ (١٧٨٨)، و«أسد الغابة» ٣/ ٥٧٧ (٣٥٧١)، و«الإصابة» ٢/ ٤٥٩ (٥٤٣٥).

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٩٤، و«المبسوط» ١/ ٧٩، و«فتح القدير» ٦/ ٣٥-٣٧،

وروي أن موسىٰ بن طلحة قال: رأيت ذراع عمر رضي الله عنه، وهو ذراع وقبضةٌ وإبهامٌ قائمٌ على القبضةِ.

وقالَ الحكمُ بنُ عيينةَ[1] أَنَّ عمرَ رضي الله عنه عمدَ إلىٰ أطولِها ذراعًا وأوسطِها وأقصرِها، فجمعها وأَخَذَ الثلُثَ منها، وزادَ عليه قبضةً وإبهامًا ثُمَّ خَتَم طرفيهِ بالرصاصِ، وبعثَ به إلىٰ عثمانَ وحذيفةَ فمسحا به السوادَ؛ ولأنَّ المؤنَ متفاوتةٌ، والكرمَ أخفُها مؤنةً والمزارعَ أكثرُها مؤنةً، ومؤنةَ الرطابِ بينَهما والوظيفةَ تتفاوتُ بتفاوتِها فجُعلَ الواجبُ في الكرمِ أَعْلاها، وفي الزرعِ أدناها، وفي الرطبةِ أوسطُها، وما سوىٰ ذلكَ مثل الزعفرانِ والبستانِ وغيرهِ يوضعُ عليه بحسبِ الطاقةِ؛ لأنَّ عمرَ رضي الله عنه لمْ يوظفْ في ذلكَ وظيفةً، وقد اعتبرَ الطاقةَ حيثُ فاوتَ بين ما وضعَه بحسبِ قدرةِ الموضوعِ[2] عليه وتفاوتِ أحوالِهِ، فيعتبرُ فيما لا توظيفَ فيه قالوا: وغايةُ الطاقةِ أَنْ يبلغَ الواجبُ نصفَ الخارجِ لا يزُادُ عليه؛

و«البحر الرائق» ٥/ ١١٥-١١٦.

(١) الحكم بن عتيبة الكندي: أبو عبد الله، ويقال: أبو عمر الكوفي، ولد سنة (٥٠هـ)، روىٰ عن زيد بن أرقم، وإبراهيم التيمي، والنخعي، وطاوس، وغيرهم، وروىٰ عنه شعبة، والأعمش، وأبو عوانة، وغيرهم، قال عنه يحيىٰ بن أبي كثير: ما بين لابتيها- يعني المدينة- أفقه منه.
توفي سنة (١١٣هـ)، وقيل: (١١٤هـ)، وقيل: (١١٥هـ).
«طبقات ابن سعد» ٦/ ٣٣١، و«طبقات خليفة» ص١٦٢، و«التاريخ الكبير» ٢/ ٣٣٣ (٣٣٧)، و«معرفة الثقات» ١/ ٣١٢-٣١٣ (٣٣٧)، و«الجرح والتعديل» ٣/ ١٢٣-١٢٥ (٥٦٧)، و«الكامل في التاريخ» ٥/ ١٨٠، و«تهذيب الكمال» ٧/ ١١٤-١٢٠ (١٤٣٨)، و«سير أعلام النبلاء» ٥/ ٢٠٨-٢١٣ (٨٣)، و«تذكرة الحفاظ» ١/ ١١٧ (١٠٢).١، و«شذرات الذهب» ١/ ١٥١.

(٢) في (ب): (الموضع).

لأنَّ التنصيفَ إنصافٌ حيثُ كانَ لنا أنْ نُقسم الكُلَّ بينَ الغانمينِ، فإنْ لم تطو الأراضي ما وظَّفَ عليها نقصَهمُ الإمامُ، والنقصانُ عند قلةِ الريعِ جازَ ٱتفاقًا، أَلَا ترىٰ إلىٰ قولِ عمرَ رضي الله عنه: حَمَّلْتُمَاهَا ما لا تطيقُ. فقالا: لا بل حَمَّلْنَاهَا ما تطيقُ ولو زِدْنَا لأطاقتْ. وأَنَّه دليلُ جوازِ النقصانِ[1].

وأَمَّا الزيادةُ عند زيادةِ الريعِ فجائزٌ عند محمدٍ[1] رحمه الله ٱعتبارًا للزيادةِ بالنقصانِ، وعندَ أبي يوسف[1] رحمه الله لا يجوزُ؛ لأنَّ عمر رضي الله عنه لم يزدْ لمَّا أُخْبِرَ بزيادةِ الطاقةِ.

قال: (فإنْ غلبَ الماءُ أو ٱنقطع أو ٱصطلَم الزرعَ آفةٌ فلا خراجَ).

إذا غلبَ علىٰ أرضِ الخراجِ الماءُ أو ٱنقطعَ الماءُ عنها أو ٱصطلَم[2] الزرعَ آفةٌ فلا خراجَ عليها[3]؛ لفواتِ التمكنِ من الزراعةِ الذي به نماؤُه التقديري، وهو المعتبرُ في بابِ الخراجِ، وفيما إذا ٱصطلَم الزرعَ آفةٌ فاتَ النماءُ التقديري في بعضِ العامِ. وشرطُ وجوبِ الخراجِ حصولُ النماءِ التقديري في جميع الحولِ ٱعتبارًا بمالِ الزكاةِ[4].

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤٥٠-٤٥١، و«الاختيار» ٤/ ٣٩٣-٣٩٤، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٧٣-٣٧٤، و«اللباب» ٤/ ١٤٠-١٤١.

(٢) ٱصطلم: الأصطلام: الاستئصال.
«الصحاح» ٦٠٠ مادة صلم.

(٣) من (ب) و(ج).

(٤) «الهداية» ٢/ ٤٥١، و«الاختيار» ٤/ ٣٩٢-٣٩٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٧٤، و«البحر الرائق» ٨/ ١١٧، و«اللباب» ٤/ ١٤٢.

قال: (ويجبُ مع التعطيلِ والإسلامِ).

أمَّا إذا عَطَّلَها صَاحِبُها فإنَّه هو الذي فَوَّتَ الإمكانَ الثابِتَ لهُ علىٰ نفسهِ فلا يُجعلُ ذلكَ عذرًا، وأَمَّا منْ أسلمَ من أهلِ الخراجِ، فإنَّ الخراج يُؤخذُ منه علىٰ حالهِ ولا يسقطُ بإسلامِه؛ لأَنَّ فيه /١٧٤ب/ معنى المؤنةِ فتُعتبرُ مؤنتهُ في حالِ البقاءِ فأمكنَ إبقاؤُه على المسلمِ، وإنْ لمْ يوظفْ عليه ٱبتداءً[(١)].

قال: (ويجوزُ شراءُ مسلمٍ أرضَ خراجٍ من ذمي فيؤخذ منه).

يجوزُ أنْ يشتريَ المسلمُ أرضَ الخراجِ من الذمي ويُؤخذُ منه الخراجُ لِمَا بيَّنا، وقد صحَ أنَّ الصحابةَ ﷺ ٱشتروا الأرضَ الخراجيةَ وأدوا الخراجَ، فدلَّ علىٰ جواز الشراءِ وجوازِ الأداءِ من غيرِ كراهةٍ[(٢)].

---

(١) «المبسوط» ١٠/ ٨٢-٨٣، و«فتح القدير» ٦/ ٣٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٧٤، و«اللباب» ٤/ ١٤٢.

(٢) «المبسوط» ١٠/ ٨٣، و«الهداية» ٢/ ٤٥١-٤٥٢، و«البحر الرائق» ٥/ ١١٧-١١٨، و«اللباب» ٤/ ١٤٢.

فصلٌ في الجزيةِ

قال: (وإذا وُضِعت الجزيةُ بتراضٍ قدُرتْ بما يتُفقُ عليه وإلَّا فنضعُ على الغنيِ ثمانيةً وأربعينَ درهمًا يؤخذُ منه كلَّ شهرٍ أربعةٌ، وعلى الوسطِ أربعة وعشرينَ في كل شهرٍ درهمانِ، وعلى الفقيرِ المعتمل أثني عشرَ درهمًا في كل شهرٍ درهمٌ لا دينارًا مطلقًا).

الأول: الجزيةُ علىٰ ضربينِ: جزيةٌ موضوعةٌ بالتراضي والصلحِ فَتُقَدَّرُ بحسبِ ما يقعُ عليه التراضي ويتفقونَ عليه كمَا صالحَ ﷺ بني نجرانَ علىٰ ألفٍ ومائتي حُلةَ؛ ولأنَّ مُوجِبَ وضعِها هو التراضي والصلحُ فلا يجوزُ أَنْ يُتعدىٰ ما يقعُ عليه الأتفاقُ والرضا.

الثاني: الجزيةُ التي تُوضعُ ٱبتداءً إذا غلبَ الإمامُ على الكفارِ فأقرَّهمُ علىٰ أملاكِهم، فيضعُ على الغني الظاهرِ الغني في كل سنةٍ ثمانيةً وأربعينَ درهمًا يأخذُ منه في كل شهرٍ أربعةَ دراهمَ، وعلى المتوسطِ الحالِ أربعةً وعشرينَ درهمًا يأخذُ منه كلَّ شهرٍ درهمينِ، وعلى الفقيرِ المعتملِ في كل سنةٍ ٱثني عشرَ درهمًا يأخذُ منه كلَّ شهرٍ درهمًا، وهٰذا مذهبُنا[1].

وقالَ الشافعي[2] رَحِمَهُ اللهُ: يضعُ علىٰ كل حالمٍ دينارًا أَوْ مَا يَعْدُلُ الدينارَ، والفقيرُ والغنيُّ في ذلكَ سواءٌ لقولهِ ﷺ لمعاذ: «**خذ من كل حالمٍ وحالمة**

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٩٣-٢٩٤، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٨٦-٤٨٧، و«المبسوط» ١٠/ ٧٧-٧٨، و«فتح القدير» ٦/ ٤٤-٤٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٨٤-٣٨٥.

(٢) «مختصر المزني» ص٢٧٧، و«التنبيه» ص٢٣٧، و«المهذب» ٢/ ٢٥١، و«الوجيز» ٢/ ٢٠٠.

دينارًا أو عدله مَعَافِرَ»[١]، يعني من الثياب المعافرية المنسوبة إلىٰ معافر: قبيلة من اليمن. أطلق ﷺ ولمْ يفصلْ بينَ الغني والفقير؛ ولأنَّ الجزيةَ إنَّما وَجبتْ بدلًا من القتلِ. أَلَا ترىٰ أنَّها لا تُؤخَذُ مِمنْ لا يجوزُ قتلُه بسببِ الكفرِ كالذراري والنسوان، وهٰذا المعنى العام ينتظمُ الغنيَ والفقيرَ، وما ذهبنا إليه مرويٌ عن عمرَ وعثمانَ وعلي ﷺ ولمْ يعارضُوا بتنكيرٍ من أحد؛ ولأنَّ الجزيةَ إنَّما وجبتْ للمقاتلةِ فيْجبُ أنْ تجبَ على التفاوتِ كما يتفاوتُ خراجُ الأرضِ.

وبيانُ ذلكَ أَنَّ الجزيةَ وجبتْ بدلًا عن النصرةِ بالنفسِ والمالِ؛ لأنَّ القيامَ بنصرةِ الدارِ واجبٌ علىٰ أهلِها، وأهلُ الذمةِ من أهلِ دارِنا لقبولِ الجزيةِ فوجب عليهم نصرتُها، إلَّا أنهم لخبثِهم وميلهم إلىٰ أعداءِ دارنا ٱعتقادًا منع من صلاحيةِ أبدانِهم للنصرةِ، فأوجب عليهم ما يقوم بدلًا عن مقاتلتِهم[٢] ونصرتهم وهو الجزيةُ، ثم ما هو الأصلُ يتفاوتُ بتفاوتِ الغنىٰ وبقلةِ المالِ وكثرتِه، فكذلك يجبُ أن يتفاوتُ ما جعل بدلًا عنه، وما رواه محمولٌ على المصالحةِ، ألا ترىٰ أنه أمر بالأخذِ من الحالمةِ وإن كانت المرأةُ لا يؤخذُ منها جزيةٌ؛ لأنها ليست من أهلِ النصرةِ والمقاتلةِ[٣].

---

(١) رواه أبو داود (١٥٧٦، ٣٠٣٨) والترمذي (٦٢٣)، والنسائي ٥/ ٢٥ وصححه الألباني في «الإرواء» ٣/ ٢٦٩.

(٢) في (ج): (مقابلتهم).

(٣) «الهداية» ٢/ ٤٥٢-٤٥٣، و«البحر الرائق» ٥/ ١١٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٧٦، و«اللباب» ٤/ ١٤٣-١٤٤.

قال: (ونوجبها بأولِ العامِ لا بآخرِه).

إذا وجبت الجزيةُ على الذمي فلا تجبُ إلَّا بعد حولانِ الحولِ عند الشافعي[١] رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه حقٌّ مالي أُعتبِر فيه الحولُ ولا يتكررُ فيه، فاشتُرط حولانُه اعتبارًا بالزكاةِ، وعندنا[٢] يجبُ في الحالِ ويؤخذُ في كلِ شهرٍ بقسطِه كما تقدَّم، ولا يُشترط حولان الحول لقوله تعالىٰ: ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾ [التوبة: ٢٩]، من غيرِ اشتراطِ الحولِ واعتبارًا بصدقةِ الفطرِ، فإنها حقُّ مالِ اعتُبر فيها الحولُ، ولا يتكررُ فيه ومع ذلك فلا يُشترط فيه حولان الحولِ كذا هٰذا.

قال: (ولا نخصُّ بها أهلَ الكتابِ فتوضعُ عليهم وعلى المجوسي والوثني من العجمِ لا من العربِ ولا على المرتدين فليس إلَّا الإسلامُ أو السيفُ).

توضعُ الجزيةُ علىٰ أهلِ الكتابِ والمجوسِ لقولِه تعالىٰ ﴿ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ ﴾.

ووضع النبي ﷺ الجزية على المجوسِ وقال: « **سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا أكلي ذبائحهم** »[٣].

---

(١) «مختصر المزني» ص٢٧٧، و«الوجيز» ٢/ ١٩٧، و«المهذب» ٢/ ٢٥٢، و«حلية العلماء» ٧/ ٧٠٢.

(٢) «الهداية» ٢/ ٤٥٢-٤٥٣، و«البحر الرائق» ٥/ ١١٩، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٧٦، و«الاختيار» ٤/ ٣٨٤-٣٨٥، و«اللباب» ٤/ ١٤٤.

(٣) رواه مالك ١/ ٢٧٨ رواية يحيىٰ، والشافعي في «مسنده» ١/ ٢٠٩ مختصرًا ورواه ابن أبي شيبة ٣/ ٤٨٨ عن الحسن بن محمد أن النبي ﷺ وساق من قوله: غير ناكحي نسائهم.

والجزيةُ منهم مقبولةٌ إجماعًا والخلافُ مع الشافعيِّ[١] رحمه الله في الوثني من العجمِ، والمجوس عنده من أهلِ الكتابِ.

قال صاحبُ «الوجيز»[٢]: وإنما يجوزُ التقريرُ بالجزيةِ لليهودِ والنصارىٰ والمجوسِ؛ لأنهم أهلُ كتابٍ، والوثنيُّ وعبدةُ الشمسِ ومن لا ينتمي إلىٰ كتابٍ لا يُقَرَّرُ وإن كان أعجميًّا فقوله في الكتاب: (ولا نخص بها أهلَ كتابٍ) يدخلُ فيه المجوسُ علىٰ مذهبه، (ثم شرعَ في بيانِ)[٣] مذهبِنا فقال: (فيوضع عليهم وعلى المجوسِ). عطفَ المجوسَ علىٰ أهلِ الكتابِ؛ لأن الوضعَ عليهم عندنا[٤] ثابتٌ بالخبرِ، بقولِه ﷺ: «**سنوا بهم سنة أهل الكتاب**»؛ فلذلك عطف عليهم هو بقول: قتالُهم واجبٌ بقولِه تعالىٰ: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩٣].

لكنا عرفنا جوازَ تركِ القتالِ في أهلِ الكتابِ بالنصِ فبقي مَنْ وراءهم على الأصلِ، ونحن نقولُ بجوازِ ٱسترقاقِهم، فيجوزُ وضعُ الجزيةِ عليهم؛ لاشتمالِ كلٍّ من الأمرين علىٰ سلبِ النفسِ منه، حيث (يكسب)[٥] ويؤدي إلى المسلمين ونفقتُه في كسبِه، والوثني من العجمِ وبالجملةِ غيرِ المجوسِ وغيرِ مشركي العربِ والمرتدين، وإنما لا تُقبلُ الجزيةُ من مشركي العربِ /١٧٥أ/؛ لأنَّ القرآنَ نزل بين أظهرِهم والنبي ﷺ بُعثَ فيهم، فكانت المعجزةُ لديهم أظهرَ، فيكون كفرهُم باعتبارِ ظهورِ المعجزةِ عندهم أشدَ

(١) «المهذب» ٢/ ٢٥١، و«الوجيز» ٢/ ١٩٩.

(٢) «الوجيز» ٢/ ١٩٨-١٩٩.

(٣) ساقط من (ب).

(٤) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٨٤-٤٨٦، و«فتح القدير» ٦/ ٤٨-٥٠، و«البحر الرائق» ٥/ ١١٩-١٢٠، و«اللباب» ٤/ ١٤٤.

(٥) في (ج): (يتسبب).

وأفحشَ فلا يُقبلُ منه[١] إلَّا الإسلامُ أو السيفُ وكذا المرتدُ؛ لأنَّه كفرَ باللهِ بعد الهدىٰ وعدلَ عن دينِ اللهِ[٢] الحقِ بعد الاطلاعِ علىٰ محاسنِه، فكان كفرُه أفضع[٣] وأشنعَ فكان كمشركي العربِ، فإن العقوبةَ علىٰ قدرِ الجنايةِ، وقوله: (فليس إلَّا الإسلامُ أو السيفُ) من الزوائدِ. وإذا ظهرنا علىٰ هٰؤلاء فنساؤهم وصبيانُهم فيءٌ؛ لأنَّ أبا بكرٍ رضي الله عنه استرق نسوانَ بني حنيفةَ وصبيانَهم حيث ارتدوا وقسمهم بين الغانمين، ومن لم يُسْلم من رجالهم قُتِلَ لما مرَّ، وإذا ظهرنا علىٰ مشركي العجمِ فهم ونساؤهم وصبيانُهم فيءٌ لجواز استرقاقِهم[٤].

قال: (ولا جزيةَ على امرأةٍ ولا صبي ولا زمن ولا أعمىٰ ولا شيخ كبير ولا عبد ومكاتب ومدبر وأم ولد ولا يتحملها مواليهم ولا راهب إلَّا أن يقدر على العمل في رواية).

أما المرأةُ والصبيُّ؛ فلأنهما ليسا من أهلِ القتلِ ولا من أهلِ المقاتلةِ، والجزيةُ وجبت بدلًا عن القتلِ عند الشافعي[٥] رحمه الله وعن القتالِ عندنا، وقد انتفت أهليتُهما جميعًا فانتفى البدلُ أيضًا، وكذلك الزمنُ والأعمىٰ والشيخُ الكبيرُ لهٰذه العلةِ.

---

(١) في (ب): (منهم).

(٢) من (ب).

(٣) في (أ): (أفضح).

(٤) «الهداية» ٢/ ٤٥٣، و«الاختيار» ٤/ ٣٨٥-٣٨٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٧٧-٢٧٨، و«اللباب» ٤/ ١٤٤-١٤٥.

(٥) «مختصر المزني» ص٢٧٧، و«المهذب» ٢/ ٢٥٣، و«الوجيز» ٢/ ١٩٨، و«روضة الطالبين» ٧/ ٤٩٠-٤٩٢.

وعن أبي يوسفَ[١] رَحِمَهُ اللَّهُ أنه يجبُ إذا كان له مالٌ؛ لأنه يجوزُ قتلهُ في الجملةِ إذا كان من أهلِ الرأي، وأما العبدُ والمكاتبُ والمدبرُ وأمُ الولدِ؛ فلأنها بدلٌ عن القتلِ في حقِهم وعن النصرةِ في حقِنا. وعلى الاعتبارِ الثاني لا تجب فلا تجب بالشكِ ولا يتحملها مواليهم؛ لأنهم قد تحملوا الزيادةَ بسببهم. وأما الراهبُ الذي لا يخالطُ الناسَ فلا توضعُ عليه.

وعن أبي حنيفةَ[١] رَحِمَهُ اللَّهُ وهو قولُ أبي يوسفَ[١] رَحِمَهُ اللَّهُ أن كان قادرًا على العملِ توضع عليه؛ لأن القدرة على العمل سببٌ يضاف إليه جوازُ الوضعِ عليه وهو الذي ضيعها بتعطيلِ نفسهِ عنها فلا يعذر.

ووجهُ الوضعِ عنه أنه لا قتل عليه فلا يوضع عليه بدله الذي وضع لإسقاطِ القتلِ، وليس من أهلِ الحربِ[٢] لانقطاعِه وتفردِه وضعفِه، ومن الشيخِ الكبيرِ إلىٰ هاهنا من الزوائد.

قال: (ونسقطها بالإسلامِ والموتِ).

وقال الشافعيُّ[٣] رَحِمَهُ اللَّهُ: لا تسقط به ولا بالموت؛ لأنها وجبت بدلًا عن عصمةِ دمِهِ أو سكناه في دارِنا، وقد استوفى المعوضَ فلا يسقط العوضُ لعارضِ الإسلامِ والموتِ كما في الصلحِ عن دمِ العمدِ فإنه بدلٌ عن العصمةِ، وكما في الأجرةِ فإنها بدلٌ عن السكنى.

---

(١) «المبسوط» ١٠/ ٧٩-٨٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٨٦، و«البحر الرائق» ٥/ ١٢٠-١٢١، و«اللباب» ٤/ ١٤٥.

(٢) في (أ): (الحراب).

(٣) «مختصر المزني» ص٢٧٧، و«المهذب» ٢/ ٢٥٢، و«الوجيز» ٢/ ٢٠٠، و«حلية العلماء» ٧/ ٧٠٢-٧٠٣.

وقال أصحابُنا[١] رحمهم الله: تسقطُ الجزيةُ؛ لقولِه ﷺ: «**لا جزية علىٰ مسلم**»[٢] بالإسلامِ وبالموتِ؛ لأنه مُجازىٰ بعد الموتِ علىٰ كفرِه بعذابِ القبرِ وعذابِ الآخرةِ، فتنقطعُ عنه العقوبةُ الدنيويةُ: لأنهما لا يجتمعان زمانًا، فالجزيةُ عقوبةٌ دنيويةٌ، ولذلك سُمِيتْ جزيةٌ، ولأن شرعيةَ العقوبةِ الدنيويةِ لدفعِ الشرِ وقد ٱندفع شرهُ بموته وبالإسلام؛ ولأنها وجبت بدلًا عن النصرةِ في حقنا وهو قادرٌ عليها بعد إسلامِه.

وجوابُه أنَّ العصمةَ تثبت بالآدميةِ، ولكن تقاعد المقتضي عن العملِ زمانَ الكفرِ. وبعد الإسلامِ ظهرت، والذمي يسكنُ في دارِنا ملك نفسه فلا معنىٰ لإيجابِ بدلِ العصمةِ والسكنىٰ.

قال: (وكذا بمضي أعوامٍ).

قال أبو حنيفة[٣] رحمه الله: إذا مرت أعوامٌ لم يؤد فيها الجزيةَ لا يُطالَبُ بها عن تلك الأعوام.

وقالا[٣]: يُطالَبُ بها؛ لأن الجزيةَ حقٌ واجبٌ في الذمةِ فلا تسقط بالتأخيرِ كسائرِ الحقوقِ الثابتةِ في الذممِ.

وله: أنها وجبت عقوبةً لاقترانِها بالذلِ والصغارِ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩]، وإذا ٱزدحمت العقوباتُ تداخلت كالحدودِ؛ وأنها وجبت عوضًا عن النصرةِ الواجبةِ علىٰ أهلِ

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٤٨٧، و«المبسوط» ١٠/ ٨١، و«إيثار الإنصاف» ص٤٦٣-٤٦٥، و«الهداية» ٢/ ٤٥٤، و«اللباب» ٤/ ١٤٦.

(٢) رواه أبو داود (١٠٥٣) وأحمد ١/ ٢٢٣، ٢٨٥ والدارقطني ٤/ ١٥٦ بلفظ: «**ليس علىٰ مسلم جزية**» عن ابن عباس. وضعفه الألباني في «ضعيف الجامع» (١٠٣٦٧).

(٣) «المبسوط» ١٠/ ٨٢، و«فتح القدير» ٦/ ٥٥، و«الاختيار» ٤/ ٣٨٧، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٧٩، و«البحر الرائق» ٥/ ١٢١.

الدارِ إلَّا أن أهلَ الذمةِ متهمون لكفرِهم، فمنعوا من النصرةِ بأنفسِهم، فضربت عليهم الجزيةُ خلفًا عنها لتقوم النصرةُ بالمالِ في حقِ العاجزِ عنها بنفسِه حكمًا مقامَ حقيقةِ النصرةِ بنفسِه، كالإحجاجِ بالمالِ في حق العاجزِ عن الحجِ بنفسِه، ولما وجبت النصرةُ للحالِ طولبوا بالحلفِ للحالِ، أما النصرةُ في الأعوامِ الماضيةِ فيستحيلُ الإلزامُ بها في الحالِ فلا يلزم الحلفُ عنها في الحالِ أيضًا؛ لاختصاصِ لزومِ الحلفِ بزمانِ لزومِ الأصلِ والعجزِ عنه.

قال: (ويؤديها بنفسِه قائمًا والقابضُ قاعدٌ ويؤخذُ بتلبيبته ويُهزُّ ويُقالُ أد الجزيةَ يا ذمي).

تحقيقًا للصغارِ الذي جعل في النصِ موصوفًا به حالَ الأداءِ. وهٰذِه الجملةُ من الزوائدِ[1].

قال: (ويؤاخذُ بما يتميزُ[2] به فيشدُّ وسطهُ بخيطٍ غليظٍ من الصوفِ، ولا يلبسُ ما يخصُّ أهلَ العلمِ والزهدِ والشرفِ، ولا يركبُ الخيلَ، وقيلَ: يُمنعُ عنه مطلقًا في الأصحِ إلاَّ لضرورةٍ علىٰ سَرجٍ كهيئةِ الأكف وينزلُ في مجامعِ المسلمين، ولا يحملُ سلاحًا (ولا يُبدأُ بسلامٍ)[3] ويُضيقُ عليه الطريقُ وتُميزُ نساؤهُم عن نسائنا في الطريقِ والحمامِ).

---

(١) «المبسوط» ١٠/ ٨١، و«فتح القدير» ٦/ ٥٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٧٩، و«البحر الرائق» ٥/ ١٢١.

(٢) في (ب): (شهر).

(٣) ساقط من (ب).

إِنَّما يُؤاخذُ أهلُ الذمةِ بذلكَ؛ لأنَّهم من أهلِ الإهانة، والمسلمُ من أهلِ الإعزازِ والكرامةِ فلا يَبدأُ بسلامٍ ويُضيقُ عليه / ١٧٥ب/ الطريقُ. فوجبَ أَنْ يظهرَ التفاوتُ بينهما في الزي والمركبِ والسلاحِ، ولابُدَّ من العلامةِ التي بها يظهرُ تميزهُ؛ إِذْ لولا ذلكَ ربَّما عوُملَ معاملةَ المسلمينَ وإِنَّه غيرُ جائزٍ. ولا يجوزُ أَنْ تكونَ العلامةُ (التي بها يظهرُ وتميزُه أن تكون)[1] شريفةً أيضًا، فيجبُ أَنْ تكونَ خيطًا غليظًا من الصوفِ دونَ الزنَّادِ من الإبرَيسمِ تحقيقًا للهوانِ؛ وكذلكَ يجبُ تمييزُ نسائهم عن نساء المسلمينَ في مواضع الاشتباهِ كالحمامِ وفي الطريقِ، وكذلكَ يجُعلُ علىٰ دورِهم علاماتُ تُعرفُ بها؛ لئَّلا يقفُ عليها سائلٌ يدعوا لهم بالمغفرةِ.

قالوا: والأحقُ أَنْ يمُنعوا عن الركوبِ أصلًا إِلَّا لضرورةٍ، فيجوزُ أن يركبوا حينئذْ فإذا دامتْ الضروروةُ اتخَّذوا سُرجًا كهيئةِ الأكفِ، وإذا رأوا المسلمينَ مجتمعينَ في دارٍ نزلوُا، وكذلكَ يُمنعونَ عن لباسٍ يَختصُّ به أهلُ العلمِ والشرفِ والزهدِ تعظيمًا لأهلِ ذلكَ الزي وتخصيصًا لهم أَنْ يُشاركَهُم فيه من أهلِ إهانتِه، وهٰذِه الجملةُ أيضًا من الزوائدِ[2].

قال: (ولا ينُتقضُ العهدُ إِلَّا أَنْ يلحقوا الحربِ أو يغلبوا علىٰ موضعٍ فيحاربُونا لا بالامتناعِ عَنْ أداءِ الجزيةِ -إِلَّا في روايةٍ- أو قتل مسلمٍ أو الزنا بمسلمةٍ أو سبِ النَّبي ﷺ).

أمَّا الأولُ فلأنَّهم باللحاقِ بالدارِ وبالغلبةِ علىٰ موضعٍ للحرابِ صاروا حربًا علينا بعد أنْ كانوا سِلْمًا لنا بقبولِ عقدِ الذمةِ، فلو بَقِيَ العهدُ يَعرىٰ عن

---

(١) من (ب).

(٢) «السير الكبير» ١/ ٩٧-٩٨، و«الاختيار» ٤/ ٣٨٨-٣٨٩، و«البحر الرائق» ٥/ ١٢٢-١٢٣، و«اللباب» ٤/ ١٤٧.

الفائدةِ وهو دفعُ شر الحرابِ[١].

وأمَّا الثاني فلأنَّ الغايةَ التي ينتهي بها القتالُ التزامُ الجزيةِ لا أداؤُها في قولهِ ﷺ: «**إذا قبلوا عقدَ الذمةِ فأعْلِمُوهم أنَّ لهم مالنا وعليهم ما علينا**»[٢]، والالتزامُ باقٍ، فلم تكنْ (مقارنة)[٣] تلك الأشياءِ موجبًا لانتقاضِ العهدِ؛ لأنَّها ليست غايةً ينتهي بها القتالُ[١].

وعن الشافعي[٤] أنَّ سَبَّه ﷺ موجبٌ لانتقاض عهدِهِ؛ لأَنَّه ينقضُ إيمانَه لو كان مؤمنًا فكذلك يَنقضُ أمانَهَ.

ولنا[١]: أَنَّ السبَّ كفرٌ منه، والكفرُ المقارنُ لم يكنْ مانعًا، فالطارئُ لا يكونُ رافعًا، والامتناعُ عن أداءِ الجزيةِ غيرُ موجبٍ لانتقاضِ العهدِ كذا في أكثرِ الكتبِ؛ لما قلنا.

وزادَ هاهنا قولهُ: (إلَّا في روايةٍ) وهٰذِه الروايةُ في «واقعاتِ الحسامِ» في كتابِ الزكاةِ.

قالَ: أهلُ الذمةِ إذا ٱمتنعوا عن أداءِ الجزيةِ يُقاتَلُونَ؛ لأنَّهم في الٱبتداءِ يقاتلونَ إذا ٱمتنعوا في القبولِ فكذلكَ في الٱنتهاءِ وأقولُ: نصُ الكتابِ مما يُؤذِنُ بأنَّ الغايةَ التي بها منتهى القتالِ هي الأداءُ لا نفسَ الٱلتزامِ .قالَ الله تعالىٰ: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ﴾ والإعطاءُ هو الأداءُ

---

(١) «الهداية» ٢/ ٣٨٧-٣٨٨، و«البحر الرائق» ٥/ ١٢٤، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٢٤، و«اللباب» ٤/ ١٤٧-١٤٨.

(٢) قال الألباني: في قوله: «**لهم مالنا** ...» مما لا أصل له وإنما هو لمن أسلم منهم. «السلسلة الضعيفة» (١١٠٣).

(٣) في (ب) و(ج): (مقارفة).

(٤) «المهذب» ٢/ ٢٥٨، و«الوجيز» ٢/ ٢٠٣، و«حلية العلماء» ٧/ ٧١٠-٧١١، و«روضة الطالبين» ٧/ ٥١٥-٥١٧.

عنه[١] فإذا ٱمتنعَ غيرُ الأداءِ كان ما هو غايةَ القتالِ منتفيًا فيتحققُ القتالُ[٢].

قال: (ولا يجوزُ إحداثُ بيعةٍ ولا كنيسةٍ في دارِنا ولا الوصيَّةُ به في الصحيحِ وإذا ٱنهدمتِ القديمةُ أُعيدتْ).

أمَّا الأولُ؛ فلقولِه ﷺ: « **لا إخصاءَ في الإسلامِ ولا كنيسةَ** »[٣]، والمرادُ: إحداثُها، وإذا ٱنهدمتْ أُعيدتْ؛ لأنَّ الإمامَ لمَّا أقرَّهم عليها فقد عَهِدَ لهم بالإعادةِ عند الٱنهدامِ، إلَّا أنَّهم لا يُمَكنُونَ من نقلِها؛ لأنَّ ذلكَ إحداثٌ حقيقةً، والصومعةُ كالبيعةِ، وهٰذا المذكورُ إنَّما هو في الأمصارِ دونَ القرىٰ؛ لأنَّ الأمصارَ محلُ إقامةِ الشعائرِ فلا يُعارضُ بإظهارِ ما يخالفُها.

قالَ صاحبُ «الهدايةِ»[٤]: وقيلَ في ديارنا يمُنعونَ عن إظهارِ ذلكَ في القرىٰ أيضًا؛ لأنَّ فيها بعض الشعائر.

قالَ: والمروريُ عن صاحبِ «الهداية»[٤][٥] في قرى الكوفةِ؛ لأنَّ أكبرَ أهلِها أهلُ الذمةِ، وفي أرضِ العربِ يُمنعونَ عن ذلكَ في أمصارِهم وقواهم؛ لقولِه ﷺ: « **لا يجتمعُ دينانِ في جزيرةِ العربِ** »[٦]، وأمَّا

---

(١) في (ج): (بعينه).

(٢) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٥٠٤-٥٠٦، و«الهداية» ٢/ ٣٨٧-٣٨٨، و«فتح القدير» ٦/ ٦٢-٦٣، و«البحر الرائق» ٥/ ١٢٤، و«تبيين الحقائق» ٥/ ١٢٤، و«اللباب» ٤/ ١٤٧-١٤٨.

(٣) رواه البيهقي ١٠/ ٢٤ وصحح الألباني قوله: « **لا خصاء في الإسلام** » برقم (٧١٦٦) في «صحيح الجامع». وباقي الحديث ضعفه في «ضعيف الجامع» (٦١٧١).

(٤) «الهداية» ٢/ ٤٥٥.

(٥) في (ب): (المذهب).

(٦) رواه مالك في «الموطأ» ٢/ ٨٩٢ رواية يحيىٰ، والبيهقي ٩/ ٢٠٨ .

الوصيةُ فقد صحَّ في الكتابِ عدمُ الجوازِ.

وصورةُ المسألةَ إذا أوصىٰ أَنْ تبنىٰ دارُه بيعةً أو كنيسةً في السوادِ لا في المصرِ، ولم تكنْ الوصيةُ لقومٍ مسمينَ فالوصيةُ جائزةٌ عند أبي حنيفة[(١)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ من الثلُثُ؛ لأنَّا أُمرْنا بتركِهم وما يَدينونَ. وقالَا[(٢)]: لا يجوزُ ذلكَ لأنَّه إيصاءٌ بما هو معصيةٌ حقيقةً، وإنْ كانَ في معتقدِهم أنَّه قربةٌ، والوصيةُ بالمعصيةِ باطلة وفي تنفيذها تقريرٌ للمعصيةِ فلا يجوزُ.

قال: (ويؤخذُ من نصارىٰ بني تغلب ونسائِهم لا صبيانهم ضعفُ الزكاةِ).

لأن عمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ صالحَهُم علىٰ ذلكَ بمحضرٍ من الصحابةِ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُم. ويؤخذُ من نسائِهم دونَ صبيانِهم؛ لأنَّ الصلح على الصدقةِ المضاعفةِ، والصدقةُ تجبُ عليهن دونَ الصبيانِ فكذا المضاعفة[(٣)].

قال: (ويصرفُ ما جبىٰ[(٤)] من الخراجِ والجزيةِ وأموالِ بني تغلب وما أُهدي إلى الإمامِ من أهلِ الحربِ، في مصالحِ المسلمينَ كسدِ الثغورِ وبناءِ القناطرَ والجسورِ وعطاءِ القضاةِ والعلماءِ والعمالِ وأرزاقِ المقاتلةِ وذراريهم ما يكفيهم).

---

(١) «الاختيار» ٤/ ٣٨٩، و«فتح القدير» ٦/ ٥٧-٥٩، و«البحر الرائق» ٥/ ١٢١-١٢٢، و«اللباب» ١٤٦-١٤٧.

(٢) «الهداية» ٤/ ٦٠٨-٦٠٩، و«الاختيار» ٥/ ٥٤٥.

(٣) «الهداية» ٢/ ٤٥٧، و«الاختيار» ٤/ ٣٨٩-٣٩٠، و«البحر الرائق» ٥/ ١٢٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٨٢-٢٨٣.

(٤) في (ج): (جنىٰ).

لأنَّ مالَ بيتِ المالِ وصل إلى المسلمينَ بغيرِ قتالٍ، ومالُ بيتِ المالِ معدٌّ لمصالحِ المسلمينَ[١] وهٰؤلاء يعملونَ لهم فيرُزقونَ منه بقدرِ كفايتِهم، ونفقةُ الذراري على الآباءِ فلو لم يُعطوا بقدرِ كفايتهِم لاحتاجوا إلىٰ الأكسابِ[٢] فلم يتفرغوا للقتالِ، وعطف الجسور علىٰ بناءِ القناطرِ وليست الجسورُ مبنيةً بل[٣] من جنسِ العطفِ في قولِه:

متقلدًا سيفًا ورمحًا[٤]

---

(١) في (ب): (الناس).

(٢) في (ج): (اكتساب).

(٣) من (ج).

(٤) «الهداية» ٢/ ٤٥٧، و«الاختيار» ٤/ ٣٩٠، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٨٣، و«البحر الرائق» ٥/ ١٢٧.

فصل:

في أحكامِ المرتدينَ /١٧٦أ/

قال: (ويُعرضُ الإسلامُ على المرتد وإنْ كانت له شبهةٌ كُشِفَتْ ويُحبسُ ثلاثةَ أيامْ إنْ ٱستمهلَ وقِيلَ: يُستحبُّ مطلقًا، فإنْ أَسلم وإلَّا قُتِلَ ويُكرهُ قَبْلَ العرضِ ولا شيءَ علىٰ قاتِله).

إذا ارتدَ المسلمُ -نعوذَ بالله- عُرِضَ عليهِ الإسلامُ فإنْ كانتْ له شبهةٌ ٱستندَ إليها وَجَبَ كشفُها عنه لتنزاحَ علَّتهُ، وفيه دفعُ الشرِ بأحسنِ الوجوهِ وأقربِ الطرقِ.

وقولهُ (عُرِضَ عليهِ) ليسَ بواجبٍ علىٰ ما قالوا لأنَّه قد بَلغتهُ الدعوةُ ويُحبسُ ثلاثةَ أيَّامْ فإنْ أسلمَ وإلَّا قُتِلَ.

وفي «الجامعِ الصغيرِ»[1]: المرتدُ يُعرضُ عليه الإسلامُ فإنْ أَبىٰ قُتِلَ. ووجهُ الجمعِ إنْ ٱستَمْهَلَ فيُمهْلُ ثلاثةَ أيَّامٍ؛ لأنَّ الثلاثةَ مدةٌ ضُرِبَتْ لإبلاءِ الأعزازِ كما في شرطِ الخيارِ وقِيلَ: يُستحبُ تأجيلُه ثلاثةَ أيامٍ مطلقًا ٱستمهلَ أو لم يستمهِلْ. رُوي ذلكَ عن أبي حَنيفةَ[2] وأبي يُوسُفَ رحمهما الله ووجهُ الٱستحباب أنَّ الٱرتدادَ ظاهرًا لابدَّ أنْ يكونَ مضافًا إلىٰ شبهةٍ، فالتأجيلُ ثلاثة أيامٍ للتأملِ، وكشفُ تلك الشبهةِ محصلٌ

---

(١) «الجامع الصغير» ٣٠٦، و«مختصر الطحاوي» ص٢٥٨، و«المبسوط» ١٠/ ٩٨، و«فتح القدير» ٦/ ٦٨، و«اللباب» ٤/ ١٤٨

(٢) «المبسوط» ١٠/ ٩٩، و«فتح القدير» ٦/ ٦٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٨٤، و«اللباب» ٤/ ١٤٩..

للغرضِ مع رجاءِ العودةِ وإبقاء الحياةِ فكانَ أولىٰ، وإنَّمَا يُقتلُ إذَا أبىٰ لقولهِ ﷺ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَه فاقتلوُه»(١)؛ ولأَنَّهُ كافرٌ حربيٌ بلغتهُ الدعوةُ فيُقتَلُ.

وقضية الدليل أنْ يُقتلَ في الحالِ من غيرِ ٱستمهالٍ؛ لأنَّ التأخيرَ لا يجوزُ لأمر موهومٍ إلَّا أَنَّا أَحْسنا(٢) التأخيرَ ثالثةَ أيامٍ ليكونَ له زمانٌ يمكنُه فيه التأملُ وكَشْفُ الشُبهةِ، ولو قُتِلَ قَبلَ العرضِ عليه كُره ذلك بمعنىٰ ترك المستحبِّ ولا شيء علىٰ قاتله؛ لوجودِ المبيح وهو الكفرُ، والعرضُ غيرُ واجبٍ لبلوغِ الدعوةِ. وكيفيةِ التوبةِ أنْ يتبرأ عن الأديانِ كلها سوى الإسلامِ إذ لا دِينَ لهُ، ولو تبرأ عن الدينِ الذي ٱنتقلَ إليه كَفَاهُ لحصولِ المقصودِ(٣).

قال: (ويزولُ مُلْكُهُ عن أموالِه زوالًا مراعىٰ، فإنْ أسلَمَ عادتْ أو ماتَ أو قُتلَ لم نجعلْها فيئًا مطلقًا، فما ٱكتسَبهُ في حالِ الإسلامِ موروثٌ وفي الردةِ فيءٌ وقالا: موروثٌ مطلقًا).

ملكُ المرتدِ يزولُ عن أملاكهِ زوالًا مراعىٰ فإن أسلمَ عادتْ إلىٰ ملكِهِ، قالوا: وهٰذا عندَ أبي حنيفة(٤) رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ وعندهما(٤) لا يزولُ ملكُه؛ لأنَّه الآن

---

(١) رواه البخاري (٦٩٢٢) وأبو داود (٤٣٥١) والترمذي (١٤٥٨).

(٢) في (ب) و(ج): (أحببنا).

(٣) «المبسوط» ١٠/ ٩٩، و«فتح القدير» ٦/ ٦٨، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٨٤، و«اللباب» ٤/ ١٤٩.

(٤) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٥٠٦-٥٠٧، و«مختصر الطحاوي» ص٢٦١، و«المبسوط» ١٠/ ١٠١-١٠٢، و«فتح القدير» ٦/ ٧٣-٧٥، و«اللباب» ٤/ ١٤٩-١٥٠.

مكلفٌ بالإيمانِ وبالحرماتِ وهو محتاجٌ إلى الملكِ فيبقىٰ ملكُه في مالِهِ إلىٰ أن يقتلَ، كما يبقىٰ في المحكومِ عليه بالرجمِ والقصاصِ.

ولأبي حنيفةَ[1] رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّه حربيٌّ مقهورٌ تحتَ أيدينا حتىٰ يقتلَ ولا قتلَ إلَّا بالمحاربةِ، وهٰذا يوجبُ زوالَ ملكِهِ ومالكيتِهِ مطلقًا غير أنَّه مدعوٌّ إلى الإسلامِ مجبورٌ علىٰ ذلك مرجوٌّ عودُه إليه فوجبَ التوقفُ في أمره، فإن أسلمَ كان العارضُ كأن لم يكنْ في حق زوالِ ملكِهِ وصارَ كأنه لم يزلْ مسلمًا، وإن قُتِلَ على الردةِ أو ماتَ عليها أو لحقَ بدارِ الحربِ وحكمَ بلحاقِهِ ٱستقرَّ كفرُهُ فيعملُ السببُ السابقُ عملَهُ في زوالِ ملكِهِ، ثمَّ إذا ماتَ أو قُتِلَ على الردةِ.

قال الشافعي[2] رَحِمَهُ اللَّهُ: أموالُهُ فيءٌ مطلقًا -أي: التي ٱكتسبَها حالَ الردةِ والتي ٱكتسَبها حالَ الإسلامِ- لأنَّه ماتَ كافرًا، والمسلمُ لا يرثُ الكافرَ، وهو مالُ حربي لا أمانَ له فكان فيئًا. وقال أبو حنيفة[3] رَحِمَهُ اللَّهُ: ما ٱكتسبَهُ في حالِ الإسلامِ موروثٌ عنه وما ٱكتسبَهُ في الردةِ فيءٌ.

وقالا[4][5]: هو موروثٌ مطلقًا. أي: ما ٱكتسبَهُ في الحالينِ جميعًا.

---

(١) «مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٥٠٦-٥٠٧، و«مختصر الطحاوي» ص٢٦١، و«المبسوط» ١٠/ ١٠١-١٠٢، و«فتح القدير» ٦/ ٧٣-٧٥، و«اللباب» ٤/ ١٤٩-١٥٠.

(٢) «الأم» ٧/ ٣٦٣، و«المهذب» ٢/ ٢٢٤، و«حلية العلماء» ٧/ ٦٢٨-٦٢٩.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٦١، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٥٠٦-٥٠٧، و«المبسوط» ١٠/ ١٠١-١٠٢، و«فتح القدير» ٦/ ٧٣-٧٥، و«اللباب» ٤/ ١٤٩-١٥٠.

(٤) «الهداية» ٢/ ٤٥٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٩٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٨٥-٢٨٦، و«البحر الرائق» ٥/ ١٤١.

(٥) في (ب): (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله).

وهٰذا الاختلافُ مبنيٌّ علىٰ أن تصرفاتِ المرتد حالَ الردةِ نافذةٌ عندهما[(١)]، فكان ملكُه الحاصلُ بتلكَ التصرفاتِ النافذةِ ملكًا صحيحًا فينتقلُ إلىٰ وارثِهِ. وعنده[(١)] تصرفاتُه موقوفةٌ لترددِ مالِهِ كما بيَّنَّا فلا يكون ملكُهُ المضافُ إلىٰ تلكَ التصرفاتِ ملكًا صحيحًا فكان فيئًا كأكسابِ حربيٍّ مقهورٍ في أيدينا، ولأنَّا اعتبرنا المرتدَّ ميتًا من حينِ ردته فصرفنا ما كانَ له قبلَ الارتدادِ إلى الوارثِ ليكونَ توريثَ مسلمٍ من مسلمٍ، ولا يمكن ذلك في أكساب الردةِ؛ لأنَّ اعتبارَ كونهِ ميتًا في حينِ الردةِ ينافي اعتبارَ كونِه كاسبًا بعده، واعتبارَ كونه كاسبًا حيًّا بعد الردةِ ينافي اعتبارَ كونِه ميتًا (منذ)[(٢)] الردةِ فيكونُ توريثَ مسلمٍ من كافرٍ لو ورثناهُ فلم يجزْ.

قال: (وإذا حكم بلحاقِه مرتدًّا نجعله كموتِه فيعتقُ مدبرُهُ وأمُّ ولدِهِ ويحلُّ دينُه[(٣)] ويرثُ أهلُه المسلمون ما اكتسبَه في الإسلامِ، ويعتبرُ كونُهُ وارثًا وقتَ القضاءِ لا وقتَ اللحاقِ).

إذا لحقَ بدارِ الحربِ مرتدًّا وحكمَ الحاكمُ بلحاقهِ عتقَ مدبروه وأمهاتُ أولادِه، وحلَّتِ الديونُ التي عليه، ونقلَ ما اكتسبَ في حالِ الإسلامِ إلىٰ ورثتِهِ من[(٤)] المسلمين.

---

(١) «الهداية» ٢/ ٤٥٩، و«الاختيار» ٤/ ٣٩٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٨٥-٢٨٦، و«البحر الرائق» ٥/ ١٤١.

(٢) في (ج): (بعد).

(٣) في (ب): (ديونه).

(٤) من (ب) و(ج).

وقال الشافعيُّ[(١)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يبقىٰ مالهُ موقوفًا كما كان؛ لأنَّه نوعُ غيبةٍ فأشبه الغيبةَ في دارِ الإسلامِ.

ولنا[(٢)]: أنَّ باللحاقِ صارَ من أهلِ الحربِ، وأهل الحربِ هم[(٢)] أمواتٌ في حق أحكامِ الإسلامِ بسببِ ٱنقطاعِ ولايةِ الإلزامِ من الإمامِ كانقطاعِها عن الموتىٰ، فصارَ اللحاقُ كالموتِ، إلَّا أنَّ ٱستقرارَ لحاقِه إنما يكون بقضاءِ القاضي به؛ لاحتمالِ العودِ إلىٰ دارِ الإسلامِ وليس /١٧٦ب/ القضاءُ نفسُه مما يقطعُ الٱحتمالَ لكن لأنَّ الظاهرَ أن القاضي لم يقض إلَّا لغلبةِ ظنهِ ببقائِه في دارِ الحربِ لنوعِ دليلٍ يقطعُ الٱحتمالَ يستندُ القضاءُ إليه، وإذا تعزَّرَ موتُه تثبتُ الأحكامُ المتعلقةُ به كما في الموتِ حقيقةً، ثم ٱعتبارُ كونِه وارثًا عند اللحاقِ عند محمدٍ[(٢)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّه هو السببُ، والقضاءُ لقطعِ الٱحتمالِ.

وعندأبي يوسف[(٣)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ وقتُ القضاء؛ لأنَّه يصيرُ ميتًا به، وهٰذِه من الزوائدِ.

قال: (ودَينُه اللازمُ في الإسلامِ يُقضىٰ من كسبِ الإسلامِ وفي الردةِ من كسبِها والبداءةُ به من كسبِ الإسلامِ أو من الردةِ روايتان وقالا: يقضىٰ منهما).

قال أبو حنيفة[(٤)] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تقضى الديونُ اللازمةُ في حالِ الإسلامِ مما كان

---

(١) «الأم» ٧/ ٣٦٣، و«المهذب» ٢/ ٢٢٤، و«حلية العلماء» ٧/ ٦٢٨-٦٢٩.

(٢) من (ج).

(٣) «السير الكبير» ٥/ ١٤٩-١٥١، و«مختصر الطحاوي» ص٢٦١، و«المبسوط» ١٠/ ١٠٣، و«البحر الرائق» ٥/ ١٤٠، و«اللباب» ٤/ ١٥٠.

(٤) «المبسوط» ١٠/ ١٠٦-١٠٧، و«الهداية» ٢/ ٤٦٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٩٧، و«اللباب» ٤/ ١٥١.

قد ٱكتسبه في حالِ الإسلامِ، وتقضى الديونُ اللازمةُ له في حالِ الردةِ مما ٱكتسبه في حالِ الردةِ. وهٰذِه الروايةُ عنه، وعنه أيضًا أنه يبدأُ أولا بكسب الإسلامِ فإذا لم يف بالديونِ تمم قضاءَها من كسبِ الردةِ. وعنه أيضًا: يبدأُ بالقضاءِ من كسبِ الردةِ فإن لم يف قضيت من كسبِ الإسلامِ. والروايتان جميعًا من الزوائدِ. (وقالا)[1][2]: تُقضىٰ بالديونِ منهما جميعًا؛ لأنهما جميعًا ملكه فتُقضىٰ ديونُه منهما.

ووجهُ الروايةِ الأولىٰ أن المستحقَ بسببين مختلفٌ وحصول كلٍّ واحدٍ من الكسبين باعتبارِ السبب الذي وجب به الدينُ فيقضي دينٌ من الكسبِ المكتسبِ في تلك الحالةِ ليكون الغرمُ بالغنمِ[1].

ووجهُ الروايةِ الثانيةِ أنَّ كسبَ الإسلام ملكه، ألا ترىٰ أن الوارث يخلفُه فيه، ومن شرطِ الإرثِ فراغُ المالِ عنْ حقِ المورث[3] فيقدم الدينُ عليه، أما كسبُ الردةِ فليس بمملوكٍ له لبطلانِ أهلية الملكِ بالردةِ عنده فلا يقضىٰ منْه إلَّا إذا تعذَّر قضاؤُه منْ كسبِ الإسلامِ فيقضىٰ منه، كالذمي، وإذا ماتَ ولا وارثَ له يكون ماله للمسلمين إلَّا أن يكونَ مديونًا فيقضىٰ دينُه منه.

ووجهُ الروايةِ الثالثةِ[1] أنَّ كسبَ الردةِ خالصُ حقهِ وكسبَ الإسلامِ حقُ الورثةِ فتقضىٰ ديونُه من خالصِ حقِه إلَّا إذا تعذَّرَ بأنْ لم يفِ بمجموعِها فتقضىٰ حينئذٍ من كسبِ الإسلامِ تقديمًا لحقهِ[1].

---

(١) «المبسوط» ١٠/١٠٦-١٠٧، و«الهداية» ٢/ ٤٦٠، و«الاختيار» ٤/ ٣٩٧، و«اللباب» ٤/ ١٥١.

(٢) في (ب): (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله).

(٣) في (ب) و(ج): (الموروث).

قال: (وبيعُه وشراؤُه وعتقُه ورهنهُ وتصرفهُ في مالِهِ موقوفٌ، فإن أسلمَ صحَّتْ عقودُه، فإنْ ماتَ أو قُتلَ أو لحقَ (بدارِ الحرب)[1] بطلت وأجازها مطلقًا).

تصرفاتُ المرتد أقسامُ؛ منها ما هو نافذٌ إجماعًا كالاستيلاد والطلاقِ؛ لأنَّ الاَستيلادَ لا يتوقفُ على حقيقةِ الملكِ، ألا ترى أن للأبِ اَستيلادَ جارية ابنه مع عدم ملكه لها، والطلاق لا يتوقف على تمام الولايةِ، فإن للعبد أن يطلق اَمرأته مع عدم تمام الولاية.

ومنها ما هو باطلٌ بالاتفاقِ كالنكاحِ والذبيحةِ؛ لأنهما يعتمدانِ قيامَ الملةِ، والمرتدُّ لا ملةَ له.

ومنها ما هو موقوفُ بالاتفاقِ كشركةِ المفاوضةِ[2] لأنها تعتمدُ المساواةَ ولا مساواةَ بين المسلمِ والمرتدِ، ومنها ما وقع الخلافُ في توقفهِ ونفوذه، وهو المذكورُ في المتنِ، فعند أبي حنيفةَ[3] رحمه الله هٰذِه التصرفاتُ موقفةٌ، فإنْ أسلم صحَّتْ، وإنْ ماتَ أو قُتلَ على الرِدَّةِ أو لحقَ بدارِ الحرب بطلتْ.

وقالا: هي نافذة مطلقًا، عاد إلى الإسلام أو لم يعد. لهما أن صحة التصرف تعتمد قيامَ الأهليةِ، والنفاذُ يعتمدُ الملكَ، وأهليتُه ظاهرةٌ لكونِه مكلَّفًا، والملكُ أيضا قائمٌ لقيامهِ قبلَ موتِه على ما مرَّ، ولهٰذا فإنَّه لو ولدَ له ولدٌ بعد ردَّتِهِ لستةِ أشهرٍ من امرأة[4] له مسلمة يرث[5] ذلك الولد،

---

(١) من (ب). (٢) في (ب): (المعاوضة).

(٣) «السير الكبير» ٥/ ١٥٥-١٥٧، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٥٠٥-٥٠٧، و«الهداية» ٢/ ٤٦١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٨٧-٢٨٨، و«اللباب» ٤/ ١٥١.

(٤) من (ب).

(٥) في (ب): (ورثه)، وفي (ج): (يرثه).

ولو ماتَ ولدهُ بعد الردةِ قبلَ الموتِ لا يرثه[١]، وصحةُ التصرفِ بناءً عليهما إلَّا عند أبي يوسف[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ تصحُّ تصرفاته كما تصحُّ من الصحيحِ؛ لأنَّ الظاهرَ عوده إلى الإسلامِ لإزاحةِ الشبهةِ فلا يقبل فصار كالمرتد.

وعند محمدٍ[١] تصحُّ كصحةِ تصرفِ المريضِ؛ لأنَّ الردةَ تفضي إلىٰ القتلِ غالبًا؛ لعدمِ تركِ ما ٱنتقلَ إليه ظاهرًا بخلافِ المرتدة لأنها لا تقتل.

ولأبي حنيفة[١] رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنه حربيٌّ مقهورٌ تحتَ أيدينا. علىٰ ما مرَّ في توقف الملكِ، وتوقفُ التصرفِ بناءً علىٰ توقفِ الملكِ فصارَ كالحربي يدخلُ دارنا بغيرِ أمانٍ فيقهرُ، فإنَّ تصرفاتِه موقوفةٌ لتوقفِ حالهِ فكذا المرتدُّة[٢] واستحقاقُ القتلِ هٰهنا لبطلانِ سببِ العصمةِ في هذين الفصلينِ -أعني في المرتد والحربي الداخلِ بغيرِ أمانٍ- فأوجبَ ذلك خللًا في الأهليةِ، وهٰذا بخلافِ الزاني والقاتلِ عمدًا؛ لأنَّ ٱستحقاقَ القتل ثمة لجزاءِ الجنايةِ، والجنايةُ تعتمد قيامَ الأهليةِ فافترقا، وبخلافِ المرتدةِ فإنها ليست حربيةً ولهٰذا لا تقتلُ.

قال: (وإذا عادَ مسلمًا بعد الحكمِ أخذ ما وجدَه من مالِهِ في يدِ وارثِه).

إذا عادَ المرتدُّ إلىٰ دارِ الإسلامِ مسلمًا بعد أن حكمَ الحاكمُ بلحاقهِ بدارِ الحربِ مرتدًا فما وجدَهُ في يدِ وارثِه من مالِهِ بعينه أخذَهُ؛ لأنَّ الوارثَ إنما

---

(١) «السير الكبير» ٥/ ١٥٥-١٥٧، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٥٠٦-٦٠٦، و«الهداية» ٢/ ٤٦١، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٨٧-٢٨٨، و«اللباب» ٤/ ١٥١.

(٢) في (ب): (المرتد).

يخلفهُ فيه بعد ٱستغناءِ المورثِ عنه[١] وإذا عادَ مسلمًا ٱحتاجَ إليه[٢] فيقدم عليه، بخلاف ما إذا خرجَ من ملكِ الوارثِ، وبخلافِ أمهاتِ الأولادِ والمدبرين؛ لأنَّ القضاءَ مستندٌ فيه إلىٰ دليلٍ مصححٍ للقضاءِ فوقع صحيحًا فلا ينقضُ، ولو جاءَ مسلمًا قبلَ الحكمِ فكأنه لم يزلْ مسلمًا[٣].

قال: (ولا تقتلُ المرتدَّةُ /١٧٧أ/ فتحبسُ وتضربُ في أيامٍ لتسلم وتصحُّ تصرفاتُها في مالِها).

المرتدَّةُ لا تقتلُ عندنا[٤] ولكنها تحبسُ وتجبرُ على الإسلامِ بالضربِ في كل أيامٍ -وهٰذا من الزوائدِ- مبالغةً في الإلجاءِ إلى الإسلام. وقال الشافعيُّ[٥]: تقتلُ لعمومِ قولهِ ﷺ: « **من بدَّلَ دينَهُ فاقتلوه** » ولأنَّ الردةَ جنايةٌ مغلظةٌ نيطَ بها عقوبةٌ مغلظةٌ وهي القتلُ في حق الرجلِ والمرتدة[٦] تشاركُه في الجنايةِ فيشاركُها في موجبِها.

ولنا[٥]: أنَّ النَّبي ﷺ نهىٰ عن قتلِ النساءِ؛ ولأنَّ الأصلَ في أجزئةِ الجناياتِ أنْ تتأخرَ إلىٰ دارِ الجزاءِ، وإنما عَجَّلَ منها ما عجَّلَ دفعًا لشرٍّ حاضر يفوتُ بالتأخيرِ، والشرُّ الواجبُ دفعه هٰهنا شرُّ الحرابِ، والرجلُ

---

(١) من (ب).

(٢) من (ب) و(ج).

(٣) «السير الكبير» ٥/ ١٥٧، و«الهداية» ٢/ ٤٦١، و«الاختيار» ٤/ ٣٩٧، و«البحر الرائق» ٥/ ١٤٥، و«اللباب» ٤/ ١٥٢.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٩، و«المبسوط» ١٠/ ١٠٩-١١٠، و«إيثار الإنصاف» ص٤٥٦-٤٦١، و«فتح القدير» ٦/ ٧١-٧٢، و«اللباب» ٤/ ١٥٢.

(٥) «المهذب» ٢/ ٢٢٣، و«روضة الطالبين» ٧/ ٢٩٥، و«حلية العلماء» ٧/ ٦٢٤، و«غاية البيان» ص٢٩٨.

(٦) في (ب) و(ج): (والمرأة).

هو الذي يتوقعُ منه ذلك، والمرأة ليست بصالحةٍ له، وصارتِ المرتدةُ كالكافرةِ الأصليةِ وتصرفاتُها في مالِها نافذةٌ؛ لأنَّها لا تقتلُ، فكانَ ملكُها باقيًا عليها، وصحةُ التصرفِ[1] بناءً عليه.

قال: (ويحكمُ بصحةِ إسلامِ الصبي العاقلِ وردَّتِه فيجبرُ على الإسلامِ ولا يقتلُ ويحكمُ بالإسلامِ دونَها).

إسلامُ الصبي الذي يعقلُ صحيحٌ وكذلك ردَّتُه عند أبي حنيفةَ[2] ومحمدٍ[2] رحمهما الله.

وقال أبو يوسف[2]: إسلامُهُ صحيحٌ دونَ ردَّتِهِ.

وقال الشافعيُّ[3]، وهو قولُ زفر[2] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يصحُّ منه واحدٌ منهما.

لهما: أنَّه في الإسلامِ تبعٌ لأبويه، وأنَّه دليلُ عجزِهِ وأمارةُ كونِهِ موليًا عليه فلا يجعلُ فيه أصلًا لإشعارهِ بالقدرةِ والولايةِ، وفيه منافاةٌ ظاهرةٌ، ولأنَّه يلزمهُ بالإسلامِ أحكامٌ يشوبُها مضرةٌ لصيرورتهِ محرومًا عن ميراثِ أقاربِه الكفارِ، وبينونةُ ٱمرأتهِ الكافرةِ منه بنفسِ الإسلامِ عنده فلا يؤهلُ لذلك.

ولنا[2]: أنَّ ٱفتخارَ عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ بإسلامهِ في صباهُ، وتصحيحهُ عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ إسلامَهُ مشهورٌ، وكفىٰ به دليلًا علىٰ صحةِ صدورِه منه، ولأنَّه أتىٰ بحقيقةِ الإسلامِ فامتنعَ ردُّهُ إذ الحقيقةُ بعد وجودِ ما يستحيلُ ردُّها، وهٰذا لأنَّ الإسلامَ هو التصديقُ والإقرارُ عن طوعٍ دليلُ الٱعتقادِ وما يترتبُ

---

(١) في (ب): (التصرفات).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٠، و«المبسوط» ١٠/ ١٢٠-١٢١، و«الهداية» ٢/ ٣٩٨، و«إيثار الإنصاف» ص٤٦٧-٤٧١.

(٣) «المهذب» ٢/ ٢٢٢، و«روضة الطالبين» ٧/ ٢٩٠، و«حلية العلماء» ٧/ ٦٢٢.

علىٰ صحةِ الإسلامِ من الخيراتِ الأبديةِ والسعاداتِ الدائمةِ التي هي من أجلِ المنافعِ التي ينبني عليها غيرُها من المنافِع حاصلةٌ، فلا يبالىٰ بشائبةِ ضررٍ يسيرٍ عاجلٍ يمكن ٱستدراكه.

ولهم في الردَّةِ أنها مضرةٌ محضةٌ فلا يحكم بصحتِها منه، بخلافِ الإسلامِ عند أبي يوسف[1] رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّه تعلق به أعلى المنافِع.

ولأبي حنيفة[1] ومحمدٍ[1] رحمهما الله (أنها موجودةٌ)[2] حقيقةً فلا يمكن ردُّها في الإسلامِ إلَّا أنَّه يجبُ إجبارُهُ على الإسلامِ لما فيه من النفع له، ولا يقتلُ؛ لأنَّ القتلَ عقوبةٌ، ولا عقوبةَ على الصبيَ مرحمةً في حقهِ، وإنما قيد الصبيَّ بالعاقلِ؛ لأنَّ غيرَ العاقلِ ليس له قصدٌ صحيحٌ، والردةُّ والجبرُ على الإسلامِ وعدمُ القتلِ من الزوائد[1].

قال: (وإذا تنصَّرَ يهوديٌّ أو بالعكس ترك ولا نجبرهُ على الإسلامِ).

أقامَ الخلافَ في القولِ الصحيحِ من مذهبِ الشافعي[3] فإنَّ له في المسألةِ أقوالًا ثلاثةً:

أحدهما: هٰذا، والثاني: يقبلُ دينُه الأولُ. والآخر أنَّه يقرُّ[4] وعندنا[5] يتركُ ولا يجبرُ على الإسلامِ أو علىٰ دينهِ الأولِ، وهٰذا ينبني علىٰ أنَّ الكفرَ

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٦٠، و«المبسوط» ١٠/ ١٢٠-١٢١، و«الهداية» ٢/ ٣٩٨، و«إيثار الإنصاف» ص٤٦٧-٤٧١.

(٢) في (ب): (أنهما موجودان).

(٣) «المهذب» ٢/ ٢٢٢، و«روضة الطالبين» ٧/ ٢٩٠.

(٤) في (ب): (يقف)، وفي (ج): (يقرر).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٢٦١، و«مختصر ٱختلاف العلماء» ٣/ ٥٠٨.

كلَّهُ ملةٌ واحدةٌ عندنا[١] وملتانِ عنده فيجبرُ إما على الإسلامِ أو على الدينِ الذي كان عليه، ولهٰذا لا ترى التوارثَ بين هٰذِه المللِ ولا التناكحَ لقولهِ ﷺ: «**لا يتوارثُ أهلُ ملتين**»[٢]، وعندنا[١] يتوارثونَ ويتناكحونَ؛ لأنَّ الكفرَ ملةٌ واحدةٌ؛ لاتفاقِهم على الكفرِ واجتماعِهم في العقابِ في الدارِ الآخرةِ. والمرادُ بما رواه ملتان: الإسلام، والكفر.

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٦١، و«مختصر أختلاف العلماء» ٣/٥٠٨.

(٢) رواه الترمذي (٢١٠٨) عن جابر وصححه الألباني.
ورواه ابن ماجه (٢٧٣١)، وأحمد ٢/١٧٨ كلاهما عن عبد الله بن عمرو وصححه الألباني في «صحيح ابن ماجه» (٢٢٠٧).

فصل في البغاةِ

قال: (إذا تغلَّبَ قومٌ مسلمونَ علىٰ بلدٍ وخرجوا عن الطاعةِ دعاهم إلى الجماعةِ وكشفَ عن شبهتِهم ولا يبدأهم بقتالٍ فإنْ بدؤوا قاتلَهم حتىٰ يفرقَ جمعَهُم).

إذا غلبَ جمعٌ من المسلمينَ علىٰ بلدٍ وخرجوا من طاعةِ الإمامِ دعاهم إلى الجماعةِ وكشفَ عن الشبهةِ التي ٱستندوا إليها في خروجهم عن طاعتِهِ، فإنَّ أميرَ المؤمنينَ عليًّا رضي الله عنه فعلَ كذلك بأهلِ حروراء -قريةٍ من قرى الكوفةِ كان فيها أولُ مجتمعِ الخوارجِ- قبلَ أنْ يقاتلَهم، ولأنَّ الدعوةَ والكشفَ عن الشبهةِ أهونُ الأمرينِ، ولعلَّ الشرَّ يندفعُ فيبدأ به أولًا، ولا يبدأهم بقتالٍ حتىٰ يبدؤوه فإذا بدؤوه قاتلهم حتىٰ يفرقَ جمعَهُم، هكذا ذكره القدوري[1] رحمه الله.

قالَ صاحبُ «الهداية»[2]: وذكر الإمامُ المعروفُ بخواهرِ زاده[3] أنَّ عندنا[4] يجوزُ للإمام أن يبدأ بقتالِهم إذا تعسكروا واجتمعوا، وعند الشافعي[5]: لا يجوزُ إلَّا دفعًا، وهٰؤلاء مسلمونَ بخلافِ الكافرِ؛ لأنَّ نفسَ الكفرِ مبيحٌ لدمهِ عنده.

---

(١) «الكتاب» ٤/ ١٥٤.
(٢) «الهداية» ٢/ ٤٦٤.

(٣) خواهر زاده: هو محمد بن الحسين بن محمد بن أبو بكر البخاري فقيه كان شيخ الأحناف فيما وراء النهر مولده ووفاته في بخارى، له «المبسوط»، و«المختصر»، «التجنيس في الفقه». توفىٰ سنة ٤٨٣هـ. «الأعلام» ٢/ ٣٢٤ .

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٧، و«المبسوط» ١٠/ ١٢٥، و«فتح القدير» ٦/ ١٠-١٠٢، و«البحر الرائق» ٥/ ١٥١-١٥٢.

(٥) «المهذب» ٢/ ٢٢١، و«روضة الطالبين» ٧/ ٢٧٩، و«حلية العلماء» ٧/ ٦١٨، و«غاية البيان» ٣٩٧.

ولنا[1]: أنَّ الحكمَ يدارُ على الدليلِ وهو الاحتمال[2] عن منعه، وإنما أدير الحكمُ على الدليلِ دونَ حقيقةِ القتالِ؛ لأنَّ الإمامَ لو ٱنتظر القتالَ حقيقةً فربما لا يمكنه الدفعُ، فكان إدارةُ الحكمِ على الدليلِ أولىٰ دفعًا لشرهم.

قال: (ونجيز قتالَهم بسلاحِهم للحاجةِ).

لا للتمليكِ. وقالَ الشافعيُّ[3] رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يجوزُ لأنَّه مالُ مسلمٍ فلا يجوزُ الٱنتفاعُ إلَّا برضاه.

ولنا[4]: أنَّ عليًّا رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قسَّمَ السلاحَ بين أصحابِه بالبصرةِ، وكانت قسمتِه للحاجةِ لا للتمليكِ؛ لأن للإمامِ /١٧٧ب/ ولايةَ أنْ يفعلَ ذلك في مالِ العادلِ (لضرورة الحاجةِ)[5] فأولىٰ أن يجوزَ له في مالِ الباغي، ودفعُ الضررِ الأعلىٰ بتحمل الضررَ الأدنىٰ سائغ ومصلحة.

قال: (وإذا بلغَهُ تأهبُهم حبسَهم ليتوبوا دفعًا لشرهم بقدرِ الٱمكانِ).

وهٰذِه زائدة[6].

قال: (وإن كانت لهم فئةٌ أجهزَ علىٰ جريحهِم وأتبعَ موليهم وإلا فلا).

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٧، و«المبسوط» ١٠/ ١٢٥، و«البحر الرائق» ٥/ ١٥١.

(٢) في (ب) و(ج): (الاجتماع).

(٣) «المهذب» ٢/ ٢٢١، و«روضة الطالبين» ٧/ ٢٧٩، و«حلية العلماء» ٧/ ٦١٨، و«غاية البيان» ٣٩٧.

(٤) «المبسوط» ١٠/ ١٢٦، و«الهداية» ٢/ ٤٦٥، و«اللباب» ٤/ ١٥٥.

(٥) في (ج): (للضرورة والحاجة).

(٦) «الهداية» ٢/ ٤٦٤، و«البحر الرائق» ٥/ ١٥٢، و«اللباب» ٤/ ١٥٤-١٥٥.

إذا كانت لهم فئةٌ أجهزَ على الجريحِ معناه أتم جرحَهُ وتبع موليهم دفعًا لشرهم؛ لئلا يلتحقُ المولي والجريحُ بالفئةِ، فإن لم تكن فئةٌ لم يفعل ذلك؛ لاندفاعِ شرهم بدون ذلك[١].

قال: (ولا تسبىٰ لهم ذريةٌ ولا يقسمُ مالٌ ولكن يحبس حتىٰ يتوبوا فيردُّ عليهم).

لقولِ علي رضي الله عنه يومَ الجملِ: ولا يُقتلُ أسيرٌ ولا يُكشفُ سترٌ ولا يؤخذُ مالٌ. وكفىٰ به قدوةً، ومعنىٰ: لا يقتلُ أسيرٌ. أي: إذا لم تكن له فئةٌ وإن كانت لهم قتلَهُ الإمامُ إن شاءَ وإن شاءَ حبسَهُ لما ذكرنا، ولأنَّهم مسلمونَ فيكونون معصومي الدماءَ والأموالَ[٢].

قال: (وإذا قتلَ العادلُ مورثَهُ الباغيَ ورثَهُ، وإن قتلَهُ الباغي وقال: كنتُ وأنا الآن علىٰ حقٍّ ورثَهُ ويحكمُ بحرمانِهِ مطلقًا).

إذا قتلَ العادلُ باغيًا فإنَّه يرثُهُ، وإنْ قتلَهُ الباغيِ وقال: كنتُ علىٰ حقٍّ وأنا الآن علىٰ حقٍّ ورثَهُ. واكتفىٰ في الكتابِ بذكرِ الحق نائبًا عن ذكره أولًا. وإن قال: قتلتُه وأنا أعلمُ أني على الباطلِ. لم يرثْهُ. وهٰذا مفهومٌ من تعليقِ الإرثِ بقوله: علىٰ حقٍّ، وكنتُ علىٰ حقٍّ. وهٰذا المعلقُ به من الزوائدِ، وهٰذا مذهبُ أبي حنيفةَ ومحمدٍ[٣].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٧، و«المبسوط» ١٠/ ١٢٦، و«فتح القدير» ٦/ ١٠٣، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٩٥، و«البحر الرائق» ٥/ ١٥٢.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٧، و«المبسوط» ١٠/ ١٢٧-١٢٨، و«الهداية» ٢/ ٤٦٥.

(٣) «المبسوط» ١٠/ ١٣١-١٣٢، و«الهداية» ٢/ ٤٦٦، و«تبيين الحقائق» ٣/ ٢٩٥-٢٩٦.

وقال أبو يوسف[1] رحمهم الله: لا يرثُ الباغي من الوجهينِ.

والأصلُ أنَّ العادلَ إذا أتلفَ نفسَ الباغي أو مالَهُ لم يضمنْ ولم يأثمْ لمكانِ الأمرِ بقتالِهم؛ لدفع شرهم، والباغي إذا قتلَ العادلَ لا يجبُ الضمانُ عندنا[1] ويأثمُ؛ لأنَّه إتلافٌ عن تأويلٍ فاسدٍ، وهو ملحقٌ بالصحيحِ عند ٱنضمامِ المنعةِ في حق الدفعِ كما في منعةِ أهلِ الحربِ وتأويلِهم، وهٰذا لأنَّ الأحكامَ تعتمدُ إما الإلزامَ من الإمامِ أو الٱلتزامَ، ولا التزامَ لاعتقادِهِ الإباحةَ عن تأويلٍ، ولا إلزامَ لعدمِ الولايةِ لوجودِ المنعةِ الدافعةِ، والولايةُ باقيةٌ قبلَ المنعةِ، وعند عدمِ التأويلِ ثبتَ الٱلتزام ٱعتقادًا، وهٰذا بخلافِ الإثمِ؛ لأنَّه لا منعةَ في حق الشارعِ.

إذا عرفت هٰذا فتقولُ: قتلُ العادلِ الباغي قتلٌ بحقٍّ. فلم يمنع الإرثَ. ولأبي يوسفَ[1] رَحِمَهُ اللهُ في قتلِ الباغي العادلِ أنَّ التأويلَ الفاسدَ إنما يعتبرُ في حق الدفع كما إذا أتلفَ نفسًا أو مالًا لم يجبُ ضمانُهما، والحاجةُ هٰهنا إلى ٱستحقاقِ الإرثِ.

ولهما: أنَّ الحاجةَ إلىٰ دفعِ الحرمانِ أيضًا إذ القرابةُ سببُ الإرثِ فيعتبرُ الفاسدُ فيه، إلَّا أنَّ من شرطهِ بقاؤه علىٰ ديانتهِ، فإذا قال: كنتُ على الباطل. لم يوجدِ الدافعُ فوجبَ الضمانُ.

قال: (وإنْ قصدَ مسلمٌ قتلَ مثلِهِ بعصًا في المصر نهارًا فدفعَ عن نفسِهِ بالسيفِ فعليه القصاصُ).

قال أبو حنيفةَ[1] رَحِمَهُ اللهُ: إذا قصدَ مسلمٌ أنْ يقتلَ مسلمًا بالعصا في المصرِ نهارًا فقتلَهُ، المقصودُ بالسيفِ أو ما يقوم مقامَهُ في تفريقِ الأجزاءِ يلزمه

---

(١) «المبسوط» ١٠/ ١٣٤، و«فتح القدير» ١٠/ ٢١٠-٢١١، و«إيثار الإنصاف» ص٧٨٢، ٧٨٧، و«اللباب» ٣/ ١٤١-١٤٢.

القصاصُ.

وقالا[١]: لا يلزمه؛ لأنَّه لما صالَ عليه علىٰ قصدِ قتلِهِ صارَ محاربًا باغيًا فله دفعُهُ عن نفسِهِ بالقتلِ؛ دفعًا لشرهِ وصونًا لنفسِهِ عن الهلاكِ، وصارَ كما لو قصدَ قتلهُ بالسيفِ نهارًا أو ليلًا في المصر أو غيره، أو قصدَهُ بالعصا في المفازة ليلًا أو نهارًا، أو قصده بالعصا في المصرِ ليلًا. وله أنَّه قتلَهُ عمدًا وهو غيرُ مضطرٍ إلىٰ قتلِهِ فلزمه القصاصُ، وهٰذا لأنَّ العصا تلبث فيلحقُهُ الغوثُ في المصرِ بالنهارِ غالبًا، بخلافِ السيفِ؛ لأنَّه لا يلبثُ، وبخلافِ المفازةِ والليلِ في المصرِ، لعدمِ لحوقِ الغوثِ في المفازةِ، ولعدمِ الاحتراز عنه في المصرِ ليلًا عادةً.

قال: (ولا يؤخذُ ما جباهُ البغاةُ من الخراج والعشرِ ثانيًا فإن صرفوه مصارفهُ أجزأ أهلَهُ وإلا أعادوا فيما بينهم وبين اللهِ تعالىٰ).

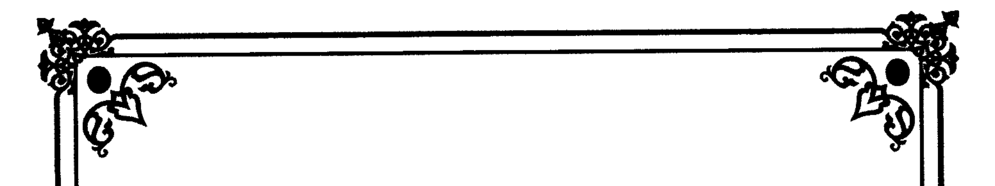
أما الأولُ فلأنَّ ولايةَ الأخذِ للإمامِ باعتبار حمايتهم إياهم ولم يحمهم[١] وإنْ كان البغاةُ قد صرفوا ذلكَ في حقهِ أجزأ من أخذَ منه؛ لوصولِ الحق إلىٰ أهلهِ، وإنْ لم يصرفوه[٢] في حقهِ فعلىٰ أهلِهِ فيما بينهم وبين اللهِ تعالى الإعادةُ؛ لعدمِ وصولِ الحق إلىٰ أهلِهِ[٣].

---

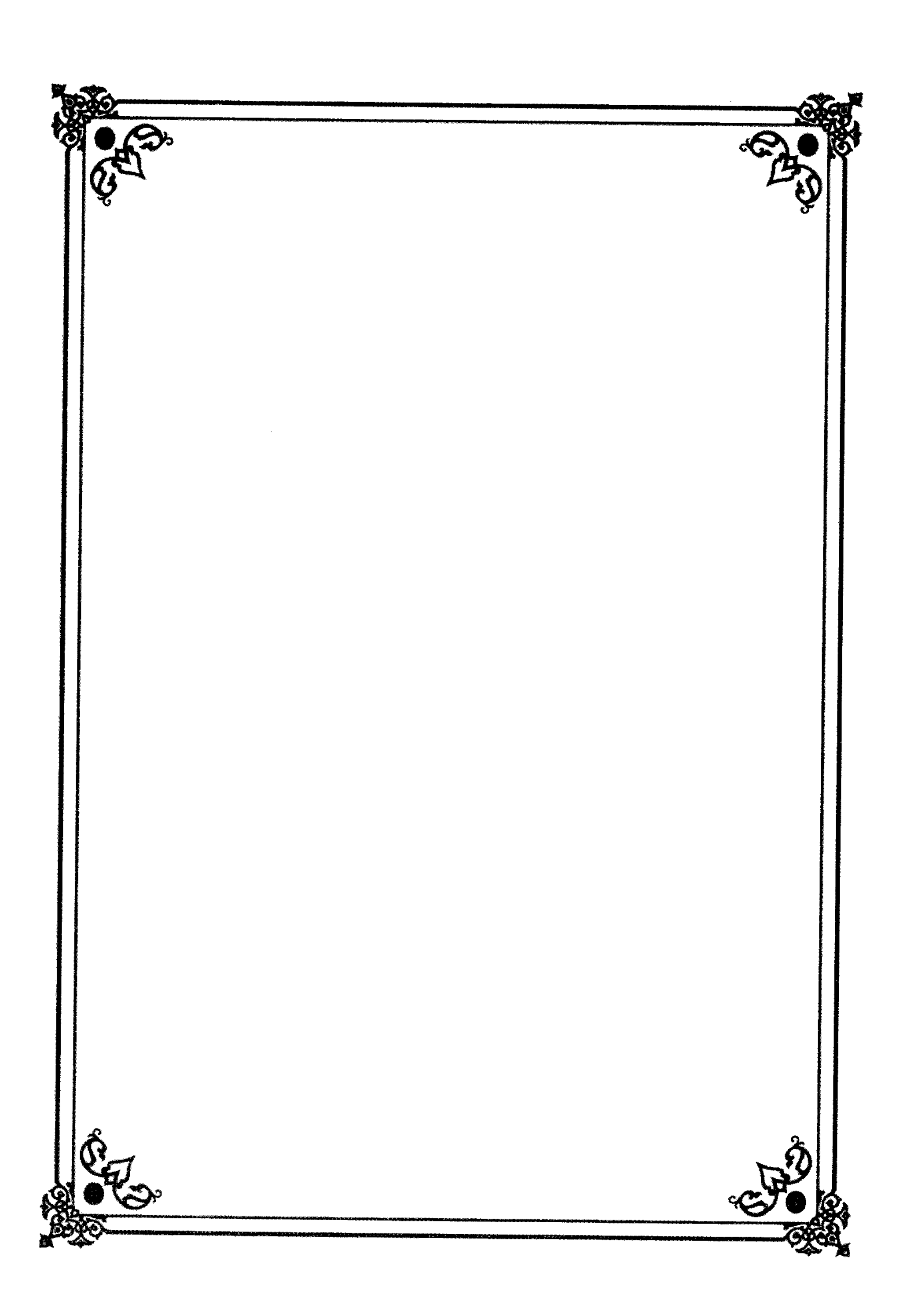
(١) في (ب): (يجمعهم).

(٢) في (ب): (يضعوه).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٢٥٧، و«مختصر اختلاف العلماء» ٣/ ٥٢١، و«الهداية» ٢/ ٤٦٤، و«المبسوط» ١٠/ ١٣٥، و«اللباب» ٤/ ١٥٦.



كتاب الحظر والإباحة



كتابُ
الحظرِ والإباحةِ[1][2]

قال: (يحرمُ النظرُ إلى العورةِ إلّا للضرورةِ كالطبيبِ والخاتنِ والقابلةِ).

والنظر إلى العورةِ حرامٌ بالنصوصِ المحرمةِ، وعلىٰ ذلك ٱنعقدَ إجماعُ الأمةِ واستثنىٰ مواضعَ الضرورةِ كالطبيبِ وما يأتيكَ في أثناءِ البابِ؛ لأنَّ مواضعَ الضرورةِ مستثناةٌ في الشرعِ للضرورةِ الداعيةِ إلىٰ ذلك، وينبغي للطبيبِ أن يعلمَّ المرأةَ مداواةَ المرأةِ؛ لأنَّ نظرَ الجنسِ إلىٰ مثلِهِ أسهلُ، فإنْ لم يتمكنْ من ذلك سترَ كلَّ /١٧٨أ/ عضو منها سوىٰ موضعَ المرضِ، وغضَّ بصرَهُ ما ٱستطاعَ؛ لأنَ الثابتَ بالضرورةِ يتقدر بقدرها فلا يتجاوزُ مهما أمكنَ وصارَ كالخاتنِ والقابلةِ، وهما من الزوائدِ[3].

---

(١) لما فرغ عن بيان الأحكام التي يثبت جوازها بدليل لا يحتمل الفساد، وفسادها بدليل لا يحتمل الجواز، شرع في بيان الأحكام التىٰ جوازها بدليل يحتمل الفساد وفسادها بدليل يحتمل الجواز، وهىٰ أحكام الكرهية.
«المستجمع شرح المجمع» ٨١٩.

(٢) الحظر: هو الحجر، وهو خلاف الإباحة. والمحظور: المحرم. «الصحاح» ٢٢٤ مادة حظر.

(٣) «المبسوط» ١٠/ ١٥٦، و«الهداية» ٤/ ٤١٩، و«الاختيار» ٤/ ٤٠٤، و«درر الحكام» ١/ ٣١٤، و«اللباب» ٤/ ١٦٣.

قال: (وينظرُ الرجلُ من الرجلِ، والمرأةُ منه ومن المرأةِ إلىٰ غيرِ العورةِ).

ينظر الرجلُ من الرجلِ إلىٰ جميعِ بدنِهِ إلَّا موضعَ عورتِهِ ولم يبين هٰهنا مقدارُها، لأنَّه قد تقدَّم ذكرُها في شروطِ الصلاة فاعتمدَ في المعرفةِ عليها.

والعورةُ من الرجلِ ما بينَ سرَّتِهِ (إلىٰ ركبتيه، ويروىٰ: ما دون سرَّتِهِ) حتىٰ يجاوزَ ركبتَهُ. ويثبتُ بهٰذا أنَّ السرةِ ليست بعورةٍ وأنَّ الركبةَ عورةٌ والفحذَ عورةٌ خلافًا لأصحابِ الظواهرِ[1]، وما دونَ السرَّةِ إلىٰ منبت الشعرِ عورة خلافًا للإمام أبي بكر محمد بن الفضل[2]، وقد ٱعتمد هو على العادة، والعادة لا معتبر لها إلَّا في موضع لا نصَّ فيه فلا يلتفتُ إليها إذا خالفتِ النصَّ، وروي عن أبي هريرة ﷺ (أنه ﷺ)[3] قال: «**الركبةُ من العورةِ**»[4].

ولأنَّ الركبةَ ملتقىٰ عظمي الفخذِ والساقِ فاجتمعَ المحرمُ والمبيحُ فغلبَ المحرمُ ٱحتياطًا، ثم حكمُ العورةِ في الركبةِ أخفُّ منه في الفخذِ وفي الفخذِ أخفُّ منه في العورةِ المغلظةِ، وفائدةُ التفاوتِ تظهرُ في الإنكارِ، فينكر علىٰ كاشفِ الركبةِ إنكارًا رفيقًا، وعلىٰ كاشفِ الفخذِ

---

(١) «المبسوط» ١٠/١٤٨.

(٢) هو محمد بن الفضل أبو بكر الفضل الكماري البخاري، كان إمامًا كبيرًا، معتمدًا في الرواية. توفىٰ سنة ٣٨١هـ «الفوائد البهية» ص١٨٤.

(٣) من (ب).

(٤) رواه الترمذي (٢١٠٨) عن جابر وصححه الألباني. ورواه ابن ماجه (٢٧٣١)، وأحمد ٢/١٧٨ كلاهما عن عبد الله بن عمرو. وصححه الألباني في «صحيح ابن ماجه» (٢٢٠٧).

إنكارًا عنيفًا، وعلىٰ كاشفِ (السوءةِ)[1] بالتأديبُ إذا ألحَّ، ويباحُ مسُّ ما يباحُ النظرُ إليه من الرجلِ؛ لأنَّهما فيما ليسَ بعورةٍ سواء. وأما المرأةُ فيجوزُ لها أن تنظرَ من الرجل إلىٰ ما ينظرُ الرجلُ إليه من الرجلِ إذا أمنتِ الشهوةَ؛ لاستواء الرجلِ والمرأةِ في النظرِ إلىٰ ما ليس بعورةٍ كالثيابِ والدواب.

وفي كتابِ الخنثىٰ[2] من «الأصل» أنَّ نظرَ المرأةِ إلى الرجلِ يتنزلُ منزلةَ نظرِ الرجلِ إلىٰ محارمِهِ؛ لأنَّ النظرَ إلىٰ خلافِ الجنسِ أغلظُ، فإذا اشتهتْ أو كان في أكثرِ رأيها حصولُ الشهوةِ بالنظرِ أو شكَّتْ في ذلك فالمستحبُّ لها غضُّ النظرِ، وإن كان الناظرَ الرجلَ إليها وهو بهٰذِهِ الصفةلم ينظرْ، وهٰذا إشارةٌ إلى التحريمِ، والفرقُ أن شهوتَهن غالبةٌ والغالبُ كالمتحققِ اعتبارًا، فإذا اشتهى الرجلُ كانت الشهوةُ موجودةً من الجانبينِ ولا كذلك من جانبِها وحدها لعدمِ الشهوةِ من جانبِهِ حقيقةً واعتبارًا، والمتحققُ من الجانبينِ في إفضائه إلى المحرمِ فوقَ المتحقَّقِ من جانبٍ واحدٍ.

ويجوزُ للمرأةِ أيضًا أن تنظرَ من المرأةِ إلىٰ ما يجوزُ للرجلِ النظرُ إليه من الرجلِ؛ لوجودِ الجنسيةِ وعدمِ الشهوةِ كما في نظرِ الرجلِ إلى الرجلِ، ولأنَّ في الانكشاف فيما بينهنَّ ضرورةً ومواضعُ الضرورةِ مستثناةٌ[3].

---

(١) في (ج): (السترة).

(٢) «المبسوط» ١٠/ ١٤٨.

(٣) «الهداية» ٤/ ٤١٩-٤٢٠، و«الاختيار» ٤/ ٤٠٥-٤٠٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٢١٩-٢٢٠، و«اللباب» ٤/ ١٦٣-١٦٤.

قال: (ومن زوجتِهِ وأمتِهِ التي تحلُّ له إلىٰ جميعها).

أي: وينظرُ الرجلُ من زوجتِهِ ومن أمتِهِ التي يجوزُ له وطؤها إلىٰ جميعِها، ومرادُهُ (داخلَ)(١) الفرجِ في جوازِ النظرِ ضمنًا(٢).

والأصلُ فيه قولُهُ ﷺ: « **غضَّ بصركَ إلَّا عن أمتِكَ وامرأتِكَ** »(٣)؛ ولأنَّ ما فوقَ النظرِ من المس والوطء مباحٌ فما دونَ ذلك من النظر أولىٰ بالإباحةِ، إلَّا أنَّ الأولى الآمتناعُ من نظرِ كلٍّ منهما إلىٰ عورةِ الآخرِ؛ لقوله ﷺ: « **إذا أتىٰ أحدُكُم أهلَهُ فليستتر ما آستطاعَ ولا يتجردانِ تجردَ العيرِ** »(٤).

قال: (ومن محارمِهِ وأمةِ الغيرِ إلى الوجهِ والرأسِ والصدرِ والساقينِ والعضدينِ، ولا بأسَ بمس ذلك إذا أمنَ الشهوةَ، ويمسُّ للشراءِ، وإنْ خافَ عيَّنَ المنظورَ إليه منهما ويتعينُ لما لا يجوزُ النظرُ إليه البطنُ والفخذُ والظهرُ).

والأصلُ فيه قولُهُ تعالىٰ: ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ ﴾ الآية [النور: ٣١] والمرادُ -واللهَ أعلمُ- مواضعُ الزينةِ وهي ما عددناهُ، ويدخلُ

---

(١) في (ب) و(ج): (دخول).

(٢) «المبسوط» ١٠/ ١٤٨، و«الهداية» ٤/ ٤٢٠، و«الاختيار» ٤/ ٤٠٦، و«درر الحكام» ١/ ٣١٣، و«اللباب» ٤/ ١٦٤.

(٣) رواه أبو داود (٤٠١٧)، والترمذي (٢٧٦٩)، وابن ماجه (١٩٢٠) من حديث بهز بن حكيم عن أبيه عن جده بلفظ: « **احفظ عورتك إلَّا من زوجتك أو ما ملكت يمينك** » وقال: حديث حسن.

(٤) رواه ابن ماجه (١٩٢١) من حديث عتبة بن عبد السلمي.

فيه الساعدُ والأذنانِ والعينان[١] والقدمُ؛ لأنَّها من مواضعِها بخلافِ الظهرِ والبطنِ والفخذ؛ لأنَّها ليست من مواضعِها، ولأنَّه يدخلُ بعضُ المحارمِ على البعضِ من دونِ ٱستئذانٍ، والعادةُ في النساءِ في بيوتِهنَّ أن يتقلبنَ في ثيابِ مهنتهنَّ فلو حرمَ النظرُ إلىٰ هٰذِه المواضعِ منها أدىٰ إلى الحرجِ مع أنَّ الرغبةَ قليلةٌ لأجلِ الحرمةِ المؤبدةِ، بخلاف ما وراء هٰذِه المواضع؛ لأنَّه قلَّما ينكشفُ في العادةِ، والمحرمُ هو من لا يجوزُ المناكحةُ بينَهُ وبينها على التأبيدِ بنسبٍ أو سببٍ كالرضاعِ والمصاهرةِ بنكاحٍ أو زنا في الأصح.

ولا بأسَ بمس ما يجوزُ النظرُ إليه منها لتحقُّقِ الحاجةِ إلىٰ ذلك في الستر[٢] وقلةِ الشهوةِ للمحرميةِ، بخلاف وجهِ الأجنبيةِ وكفيها حيثُ لا يباح اللمسُ وإنْ أبيحَ النظرُ؛ لتكاملِ الشهوةِ. وإنَّما قيدَ في الكتابِ إذا أمنَ الشهوةَ؛ لأنَّه إذا لم يأمنْ علىٰ نفسِهِ الشهوةَ أو عليها لا ينظرُ ولا يمسُّ لقولهِ ﷺ: «**العينان تزنيانِ وزناهُما النظرُ، واليدانِ تزنيانِ وزناهُما البطشُ**»[٣]، وحرمةُ الزنا بذواتِ المحارمِ أغلظُ فيحترز عنه. وأمةُ الغيرِ كذواتِ المحارمِ يجوزُ النظرُ منها إلىٰ ما يجوزُ من ذواتِ محارمِهِ؛ لأنَّها تخرجُ بحوائجِ المولىٰ وتخدمُ الأضيافَ في ثيابِ مهنتِها فكانتْ خارجَ البيتِ في حق الأجانبِ كحالِ ذواتِ المحارمِ داخلَ /١٧٨ب/ البيتِ معهم.

والنسائي في «الكبرىٰ» ٥/ ٣٢٧ من حديث عبد الله بن سرجس. وقال: حديث منكر. وضعفه الألباني في «الإرواء» (٢٠٠٩).

(١) في (ب): (والعنق).

(٢) في (أ): (السفر).

(٣) رواه البخاري (٦٢٤٣)، ومسلم (٢٦٥٧)، ورواه أحمد ٢/ ٣٤٣ واللفظ له.

وحكمُ المدبرةِ وأم الولدِ (حكمُ القنة)[١] لتحقُّقِ الحاجةِ، ولا بأسَ بأنْ يمسَّ ما يجوزُ النظرُ إليه منها[٢] للشراءِ وإنْ خافَ علىٰ نفسِهِ الشهوةِ، كذا ذكرهُ القدوري[٣] في «مختصره» وأطلقَ في «الجامع الصغير»[٤] أيضًا.

قال صاحبُ «الهداية»[٥]: والمشايخ رحمهم الله فصلوا فقالوا: يباحُ النظرُ في هٰذِه الحالةِ وإنْ ٱشتهىٰ للضرورةِ، ولا يباحُ المسُّ إذا ٱشتهىٰ أو غلبَ علىٰ رأيِهِ أنه يشتهي؛ لأنَّه نوعُ ٱستمتاعٍ. وفي غيرِ حالةِ الشراء يباحُ النظر والمسُّ لٰكن لغيرِ شهوة[٦].

قال: (ولا ينظرُ من الأجنبيةِ إلَّا إلى الوجهِ والكفينِ إذا أمنَ، فإنْ خافَ ٱمتنعَ إلَّا القاضي والشاهد، ولا يمسُّ وإنْ أمنَ).

الأجنبيةُ لا يجوزُ النظرُ إلىٰ شيءٍ منها إلَّا الوجهَ والكفينِ عند الأمنِ من الشهوةِ؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ قال عليٌّ وابنُ عباسٍ رضي الله عنهم (ما ظهرَ منها: الكحلُ والخاتمُ، والمراد: موضعُهما وهما الوجهُ والكفُّ، ولأنَّ في إبداء هذينِ العضوينِ ضرورةً)[٧] للحاجةِ إلىٰ معاملةِ الرجالِ في الأخذِ والإعطاءِ وغير ذلك.

---

(١) في (ب): (كالقنية).

(٢) من (ب).

(٣) «الكتاب» ٤/ ١٦٥.

(٤) «الجامع الصغير» ص٤٧٨-٤٧٩.

(٥) «الهداية» ٤/ ٤٢٢.

(٦) «المبسوط» ١٠/ ١٤٩-١٥٢، و«فتح القدير» ١٠/ ٣١-٣٤، و«الاختيار» ٤/ ٤٠٦-٤٠٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٢٠-٢٢١.

(٧) من (ب) و(ج).

وهٰذا الاستثناءُ[١] دليلٌ علىٰ عدمِ جوازِ النظرِ إلى القدمينِ، وفي روايةٍ عن أبي حنيفةَ[٢] جوازُه للضرورة أيضًا وإنْ كانتْ أقلَّ من الوجهِ والكف. وعن أبي يوسفَ[٢] جوازُ النظرِ إلى الذراعِ أيضًا؛ لأنَّه قد يبدو منها عادةً، وإذا خافَ الشهوةَ لم ينظرْ إلىٰ وجهِها إلَّا لحاجةٍ قال ﷺ: «**منْ نظرَ إلىٰ محاسنِ ٱمرأةٍ بشهوةٍ صبَّ في عينه الآنكُ يومَ القيامةِ**»[٣]، ولو شكَّ في الاشتهاءِ لا يباحُ له النظرُ أيضًا كما لو علمَ أو غلبَ علىٰ ظنهِ ذلك، ويدخلُ ذلك في لفظةِ الخوفِ، فإنَّ الشاكَّ في شيءٍ خائفٌ من وقوعِهِ بالنظرِ إلىٰ أحدِ الجائزين، ولا يمسُّ وجهَها ولا كفيها وإنْ أمنَ علىٰ نفسِه الشهوةَ؛ لقيامِ المحرمِ للمس وهو قوله ﷺ: «**من مسَّ كفَّ ٱمرأةٍ ليسَ فيها بسبيل وُضِعَ في كفه الجمرةُ يومَ القيامةِ**»[٤]، ولا ضرورةَ ولا بلوىٰ بخلافِ النظرِ؛ لأنَّ فيه بلوىٰ، وهٰذا في الشابةِ المشتهاةِ، أمَّا العجوزُ التي لا تشتهىٰ فيباحُ مصافحتُها ومسُّ يدِها؛ للأمنِ من الفتنةِ، وقد روي أنَّ أبا بكْرٍ رضي الله عنه كانَ إذا دخلَ بعضَ القبائلِ التي كان مسترضعًا فيهم صافحَ العجائزَ، واستأجرَ عبدُ اللهِ بنُ الزبيرِ[٥] رضي الله عنه عجوزًا تُمرِّضُهُ

---

(١) في (ب): (الاستشهاد).

(٢) «المبسوط» ١٠/ ١٥٣-١٥٤، و«الهداية» ٤/ ٤١٧-٤١٨، و«الاختيار» ٤/ ٤٠٨، و«اللباب» ٤/ ١٦٢.

(٣) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٢٢٥ (٩٤٩): لم أجده، وهٰذا الوعيد ورد فيمن ٱستمع إلىٰ حديث قوم وهم له كارهون.

(٤) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٢٢٥: لم أجده.

(٥) عبد الله بن الزبير بن العوام القرشي الأزدي، أبو بكر فارسي قريشي في زمنه، وأول مولود في المدينة بعد الهجره، قتل في سنة ٧٣هـ بمكة.
«الأعلام» ٤/ ٨٧، و«تجريد أسماء الصحابة» ١/ ٣١١.

فكانتْ تغمزُ رجليهِ وتفلي رأسَهُ، هٰذا كلُّهُ عند الأمنِ[١]، فإنْ كانَ لا يأمنُ عليها أو علىٰ نفسِهِ لا تجوزُ المصافحةُ تحرزًا عن التعرضِ للفتنةِ، ويباحُ النظرُ إلى الصغيرةِ التي لا تشتهىٰ ومسُّها للأمنِ من الفتنةِ.

وأمَّا القاضي والشاهدُ فقد ٱستثناهما في الكتابِ، أي: يجوزُ لهما النظرُ عند القضاءِ والشهادةِ عليها وإنْ خافا الشهوةَ لضرورةِ الحاجةِ إلىٰ إحياءِ حقوقِ الناسِ، ولٰكن ينبغي أن يقصدَ بالنظرِ أداءَ الشهادةِ أو الحكمِ لا قضاءَ الشهوةِ تحرزًا عن القبيحِ بقدرِ الإمكانِ، وأمَّا النظرُ في التجملِ قيل: يباحُ وإن ٱشتهىٰ كما في حالةِ الأداءِ. والأصحُّ أنَّه لا يباحُ لوجودِ غيرِهِ في التجملِ ممن لا يشتهي بخلافِ حالةِ الأداءِ؛ للحاجةِ إلىٰ إقامةِ الحق[٢][٣].

قال: (وينظرُ العبدُ من سيدتِهِ ما ينظرُ الأجنبيُّ).

وعن مالكٍ[٤] رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّه كالمحرمِ، وهو أحدُ قولي الشافعي[٥]؛ لقوله تعالىٰ: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء:٣] ولضرورةِ الدخولِ من غيرِ إذنٍ.

ولنا[٦]: أنَّه فحلٌ[٧] غيرُ محرمٍ ولا زوج والشهوةُ موجودةٌ لإمكانِ

---

(١) أثر أبي بكر وعبد الله بن الزبير، قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٢٢٥: لم أجده.

(٢) «المبسوط» ١٠/ ١٥٤-١٥٥، و«فتح القدير» ١٠/ ٢٤-٢٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٢١٨، و«درر الحكام» ١/ ٣١٤، و«اللباب» ٤/ ١٦٢.

(٣) في (ب): (الحد).

(٤) «المعونه» ٣/ ١٧٢٧، و«عقد الجواهر الثمينة» ٣/ ٥٤٩.

(٥) «المبسوط» ١٠/ ١٥٧-١٥٨، و«فتح القدير» ١٠/ ٣٧-٣٨، و«الاختيار» ٤/ ٤٠٩، و«درر الحكام» ١/ ٣١٤.

(٦) السابق.

(٧) في (ب): (محل).

التزوجِ بها في الجملةِ، والحاجةُ ليست بطائلةٍ[١] لأنَّ أكثرَ عملِهِ خارجَ البيت، والمراد بالنص الإماءُ، قال سعيدُ بن جبير[٢] والحسنُ وغيرُهما رحمهم الله: لا تغرنَّكم سورةُ النورِ فإنَّها في الإناثِ دون الذكورِ.

قال: (والخصي من الأجنبية ما ينظر الفحل).

لقولِ عائشةَ رضي الله عنها: الخصاءُ مُثلة[٣]. لا يبحُ ما كان حرامًا قبله، ولأنه فحلٌ مجامعٌ وكذا المجبوبُ لأنه ينزِلُ بالسحقِ وكذا المخنثُ في الأفعالِ؛ لكونه فحلًا فاسقًا، والطفلُ الصغيرُ مستثنىٰ بالنص[٤].

قال: (ولا بأسَ بالنظرِ إلىٰ من يريدُ نكاحَها وإن علم الشهوة).

لقوله ﷺ: «**أبصرها فإنه أحرىٰ أن يؤدمَ بينكما**»[٥]، ولأنَّ المقصودَ من النظرِ إقامةُ هٰذِه[٦] السنةِ لإقضاءِ الشهوةِ فجاز النظرُ وإن علمَ أنه يشتهيها[٧].

---

(١) في (ب) و(ج): (بطالبة).

(٢) «الهداية» ٤/ ٤٢٢، و«المبسوط» ١٠/ ١٥٧، و«اللباب» ٤/ ١٦٦.

(٣) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٢٣٠: لم أجده عنها، ثم عزاه لعبد الرزاق عن شهر بن حوشب.

(٤) «المبسوط» ١٠/ ١٥٨، و«الهداية» ٤/ ٤٢٢، و«الاختيار» ٤/ ٤٠٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٢٢، و«اللباب» ٤/ ١٦٥.

(٥) رواه الترمذي (١٠٨٧)، والنسائي ٦/ ٦٩، وابن ماجه (١٨٦٦)، وأحمد ٤/ ٢٤٤-٢٤٥ من حديث المغيرة. وله شواهد أنظرها في: «نصب الراية» ٤/ ٢٤٠ .

(٦) ساقط عن (ب).

(٧) «المبسوط» ١٠/ ١٦٠، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٧٢، و«الهداية» ٤/ ٤١٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٢٢، و«اللباب» ٤/ ١٦٥.

قال: (ولا بأسَ بالمصافحةِ وتقبيلِ يدِ العالمِ والسلطانِ العادلِ ويبيح للرجلِ عناق الرجلِ وتقبيله).

أما المصافحةُ فقد وردت السنة بها، قال ﷺ: « **إذا التقى المؤمنانِ فتصافحا تناثرت ذنوبُهما كما يتناثرُ الورقُ اليابسُ من الشجرِ، ونزلت عليهما مائةُ رحمةْ تسعة وتسعون لأبشهما وجهًا لصاحبه** »[١]، وأما تقبيلُ يدِ العالمِ والسطانِ العادلِ ففيه تعظيمٌ لهما؛ لاشتمالهما على العلم والعدل، وقد روي أنَّ الصحابة ﷺ كانوا يقبلونَ أطرافَ رسولِ اللهِ ﷺ[٢]، وقال أبو يوسف[٣] رحمه الله: لا يكره للرجلِ أن يعانقَ الرجلَ أو يقبلَ فمه أو يدَه أو رجلَه أو شيئًا (منه)[٤] لما روينا، ولأنه ﷺ عانقَ جعفرًا[٥] عند قدومِه من الحبشةِ وقبلَ بينَ عينيه[٦].

---

(١) رواه الطبراني في «الأوسط» ١/ ٨٤ (٢٤٥)، والبيهقي في «الشعب» ٦/ ٤٧٣-٤٧٤ (٨٩٥٣) من حديث حذيفة، وليس فيه قوله: « **ونزلت عليهما مائة رحمة ..** »، ورواه البيهقي في «الشعب» ٦/ ٤٧٥-٤٧٦ (٨٩٦١) من حديث عمر بن الخطاب بلفظ: « **نزلت عليهما مائة رحمة للبادئ منهما تسعون وللمصافح عشرة** ».

(٢) روىٰ أبو داود (٥٢٢٥)، والبخاري في «الأدب المفرد» (٩٧٥)، وضعفه الألباني من حديث زارع العبدي قال: فجعلنا نتبادر من رواحلنا فنقبل يد النبي ﷺ ورجله.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٤٣٨-٤٣٩، و«الهداية» ٤/ ٤٢٥-٤٢٦، و«الاختيار» ٤/ ٤٠٩-٤١٠، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٢١.

(٤) في (ج): (منها).

(٥) جعفر بن أبي طالب بن عبد المطلب، أبو عبد الله وابن عم رسول الله ﷺ السيد الشهيد الكبير الشأن، هاجر إلى الحبشة، ثم قدم منها يوم فتح خيبر، وولاه رسول الله ﷺ قيادة جيش مؤتة بعد زيد، واستشهد فيها سنة ٨هـ.
انظر: «سير أعلام النبلاء» ١/ ٢٠٦، و«تهذيب التهذيب» ١/ ٣٠٨.

(٦) رواه أبو يعلىٰ في «المسند» ٣/ ٣٩٨ (١٨٧٦)، والحاكم ٣/ ٢١١ من حديث جابر، و له شواهد أنظرها في «نصب الراية» ٤/ ٢٥٤، و«السلسلة الصحيحة» (٢٦٥٧).

وقال أبو حنيفة ولمحمد رحمهما الله: يكره ذلك؛ لموضعِ النهي، فقد روي أنه ﷺ نهىٰ عن المكامعةِ[١]، والمكامعةِ: المعانقةُ مأخوذةٌ من الكمعِ والكميع والضجيع. والمكاعمةُ: التقبيلُ مأخوذٌ من كعامِ البعيرِ وهو ما يشد به فمه عند هيجه[٢] ومنه كعمَ المرأةَ/١٧٩أ/ وكاعمها إذا التقمَ فاها في التقبيلِ، وهٰذا الخلافُ فيما إذا أعتنقَ الرجلانِ عاريينِ عما عدا الإزارِ، أما إذا كان علىٰ كلٍّ منهما قميصٌ فلا كراهيةَ بالإجماع، وهٰذا صحيحٌ، وقالوا: إنَّ الكراهيةَ أيضًا فيما إذا كان التقبيلُ عن شهوةٍ وأما إذا كان علىٰ وجهِ المَبَرَّةِ فلا بأسَ[٣].

قال: (ويحل للنساءِ لبسُ الحريرِ).

يحرمُ على الرجالِ لبسُ الحريرِ ويحل للنساءِ لأنه ﷺ نهىٰ عن لبسِ الحرير والديباجِ[٤]، وقال: «**إنما يلبسه من لا خلاقَ له في الآخرةِ**»[٥]، وإنما حلَّ لبسه لهنَّ؛ لما رواه جمعٌ من الصحابةِ ﷺ أنه ﷺ خرجَ وفي إحدىٰ يديه حريرٌ وفي الأخرىٰ ذهبٌ، وقال: «**هذان حرامانِ علىٰ ذكورِ أمتي حلالانِ علىٰ إناثهمِ**»[٦]، ويروىٰ: «**حلٌ لإناثهم**» ويستثنىٰ من ذلك القليلُ فإنه عفو كمقدارِ ثلاثِ أصابعَ أو أربع كالأعلامِ والمكفوفِ بالحريرِ؛ لما روي أنه ﷺ نهىٰ عن لبسِ الحريرِ إلَا موضعَ إصبعينِ

---

(١) رواه ابن أبي شيبة ٤/ ٤٣ (١٧٥٩١)، وانظر «الراية» ٤/ ٢٥٦.

(٢) في (ب): (نتجه).

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٤٣٨-٤٣٩، و«الهداية» ٤/ ٤٢٥-٤٢٦، و«الاختيار» ٤/ ٤٠٩-٤١٠، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٢١.

(٤) رواه البخاري (٥٤٢٦)، ومسلم (٢٠٦٧) من حديث حذيفة.

(٥) رواه البخاري (٥٨٣٥)، ومسلم (٢٠٦٩) من حديث عمر بن الخطاب.

(٦) رواه أبو داود (٤٠٥٧)، والنسائي ٨/ ١٦٠، وابن ماجه (٣٥٩٥)، وأحمد ١/ ١١٥.

أو ثلاثِ أصابع أو أربع (أصابع)[١] أرادَ الأعلام[٢].

وعنه ﷺ أنه كان يلبسُ جبَّةً مكفوفةً[٣] بالحريرِ.

قال: (وتوسده وافتراشه مباح).

توسدُ الحريرِ وافتراشُه والنومُ عليه مباحٌ عند أبي حنيفة[٤] رحمه الله.

وقالا[٤]: يكره.

وذكر في «الجامع الصغير»[٥] الخلاف بين أبي حنيفة[٦] ومحمد[٦] رحمهما الله: من غير قول لأبي يوسف[٦].

لهما: إطلاقُ ما رويناه: «**هذان محرمانِ علىٰ ذكور أمتي**»[٧]، وصار كالإلتحافِ، وله قوله تعالىٰ: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]، والمرادُ بالحديثِ حرمةُ ٱستعمالِ الذهبِ ولبس الحريرِ دون عينهما بالإجماعِ، والافتراشُ: لبسٌ يلبسُ وكذا التوسدُ بخلافِ الألتحافِ لكونه لبسًا من كل وجهٍ.

---

(١) من (ب).

(٢) رواه البخاري (٥٨٢٨)، ومسلم (٢٠٦٩).

(٣) رواه مسلم (٢٠٦٩)، وأبو داود (٤٠٥٤) من حديث أسماء.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٤٣٦، و«اللباب» ٤/ ١٥٧، و«البحر الرائق» ٨/ ٢١٥-٢١٦، و«الهداية» ٤/ ٤١٥.

(٥) «الجامع الصغير» ص٤٧٦-٤٧٧.

(٦) «مختصر الطحاوي» ص٤٣٦، و«الهداية» ٤/ ٤١٥، و«البحر الرائق» ٨/ ٢١٥-٢١٦، و«اللباب» ٤/ ١٥٧.

(٧) سبق تخريجه.

قال: (ولبسه في الحربِ مكروه).

وقالا[١]: لا بأسَ به فيه؛ لما روى الشعبي[٢] رحمه الله أنه ﷺ رخصَ في لبسِ الحريرِ والديباجِ في الحربِ[٣]؛ ولأنَّ في لبسه ضرورةً فإن الخالصَ منه أدفعُ لمضرةِ السلاحِ وأرعبُ في قلوبِ أعداءِ الدينِ. وله إطلاقُ ما رويناه، والضرورةُ تندفعُ بالمخلوطِ منه وهو ما لحمته حرير وسداه غير ذلك، والمحظورُ لا يباحُ إلَّا لضرورةٍ[٤].

قال: (ولا بأسَ بما سداه إبريسم ولحمته قطنٌ أو خزٌّ).

وهٰذا مطلقٌ في الحربِ وغيره؛ لأنَّ الصحابة رضي الله عنهم لبسوا الخزَّ والخز مسدىً بالحرير، والثوبُ يصيرُ ثوبًا بالنسجِ والنسيج باللحمةِ فكانت هي المعتبرةُ دون السدىٰ، وما كان لحمته حريرًا وسداه غير حرير فلا بأسَ به في الحربِ للضرورةِ، ويكره في غيرِ الحربِ لعدمِ الضرورةِ واعتبار اللحمةِ علىٰ ما قلنا[٥].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٤٣٨، و«الهداية» ٤/ ٤١٦، و«الاختيار» ٤/ ٤١١-٤١٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٢١٦، و«اللباب» ٤/ ١٥٨.

(٢) «الهداية» ٤/ ٤١٦-٤١٧، و«الاختيار» ٤/ ٤١٢.

(٣) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٢٢١: لم أجد من طريقه ورواه ابن عدي في «الكامل» ٦/ ٤٤٠ عن الحكم بن عمير، ورواه ابن سعد في «الطبقات» ٣/ ١٣٠ عن الحسن قال: كان المسلمون يلبسون الحرير في الحرب.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٤٣٧، و«الهداية» ٤/ ٤١٦، و«البحر الرائق» ٨/ ٢١٥-٢١٦، و«اللباب» ٤/ ١٥٨.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٤٣٧، و«فتح القدير» ١٠/ ٢٠، و«البحر الرائق» ٨/ ٢١٦، و«اللباب» ٤/ ١٥٨.

قال: (ويحل لهن التحلي بالذهبِ والفضة ويحرم على الرجالِ إلَّا الخاتمَ والمنطقةَ وحليةَ السيفِ من الفضةِ).

أما الأولُ فلقوله ﷺ: « **هذان حرامانِ علىٰ ذكور أمتي وحلٌ لإناثهم** »[1] مشيرًا إلى الإبريسمِ والذهبِ، ولا يجوزُ للرجالِ التحلي بالفضةِ؛ لأنه في معنى الذهبِ وإنما ٱستثنىٰ هٰذِه الأشياءَ؛ لما روي عن أبي يوسف[2] رَحِمَهُ اللَّهُ أنه قال: وردت في حل ذلك آثارٌ ٱقتضت الرخصةَ فيها خاصةً. وفي «الجامع الصغير»[3]: ولا يتختمُ إلَّا بالفضةِ. وفيه دليلٌ علىٰ أنَّ التختمَ بالحجرِ والحديد والصفرِ حرامٌ.

وروي أنه ﷺ رأىٰ علىٰ رجل خاتم صفر، فقال: « **ما لي أجد منك رائحة الأصنام**» **ورأىٰ علىٰ آخرَ خاتمَ حديدٍ قال:** « **مالي أرىٰ عليك حليةَ أهلِ النارِ** »[4].

ومنهم من أطلقَ حجرَ اليشبِ؛ لأنه متميزٌ عن الحجارةِ بالخفةِ، لكن إطلاقَ جوابِ الكتابِ يدلُّ علىٰ تحريمه، ويجعل الرجل الفص إلىٰ باطن كفه، والمرأة إلىٰ ظاهر كفها؛ لأنه زينة في حقها، والرجلُ إنما يتختم إذا كان له حاجةٌ إلى الختم كالقاضي والسلطانِ، فأما مَن لا حاجةَ له إلى الختمِ فالأفضلُ له تركه[5].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٤٣١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٦٨، و«اللباب» ٤/ ١٥٨، و«الهداية» ٤/ ٤١٦-٤١٧.

(٣) «الجامع الصغير» ص٤٧٧.

(٤) رواه أبو داود (٤٢٢٣)، والترمذي (١٧٨٥)، والنسائي ٨/ ١٧٢، وأحمد ٥/ ٣٥٩.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٤٣١، و«الهداية» ٤/ ٤١٧، و«الاختيار» ٤/ ٤١٣، و«اللباب» ٤/ ١٥٨.

قال: (وشدُّ السن بالذهبِ لا يجوز وأجازاه كالفضةِ).

شدُّ الأسنانِ بالفضةِ جائزٌ ٱتفاقًا وبالذهبِ لا يجوز عند أبي حنيفة[١] رحمه الله.

وقالا[١]: يجوزُ لأن عرفجة بن أسعدَ الكناني أصيب أنفُه يومَ الكلابِ فاتخذ أنفًا من فضةٍ فأنتن، فأمرَ رسولُ الله ﷺ أن يتخذَ أنفًا من ذهب ففعلَ فلم ينتن[٢]، وله أنَّ الأصلَ عدمَ الجوازِ، وإنما يرخصُ لدفعِ الحاجةِ، فإن ٱندفعت بالأدنىٰ وهو الفضةُ لا يباحُ الأعلىٰ وهو الذهبُ، وما روياه من حديثِ عرفجة لم تندفع الحاجةُ فيه بالأدنىٰ فأباحَ له ﷺ الأعلىٰ؛ لدفعِ حاجته، وبه يقولُ.

قال: (ويكره أن يلبسَ الصبي الحريرَ والذهبَ).

لأنَّ التحريمَ لما ثبت في حق الذكورِ وحرمَ اللبسُ وحرم الإلباسُ كالخمر لمَّا حرم شربها حرم سقيها؛ ولأنَّ الصبيَّ يجب أنْ يعوَّدَ ما يجوزُ في الشرعِ ويباح دون ما لا يجوز؛ ليألفَ ذلك ويعتاده، ألا ترىٰ أنهم يمنعونَ عن شربِ الخمرِ ويؤخذونَ بالصومِ والصلاةِ ليألفوا ذلك، فكذلك يجتنبونَ لبسَ الحريرِ والذهبِ ليألفوا تركَه[٣].

قال: (ويحرم ٱستعمالُ الآنيةِ منهما للرجالِ والنساءِ).

لا يجوزُ الأكلُ والشربُ /١٧٩ب/ والإدهانُ والتطيبُ في آنيةِ الذهبِ والفضةِ للرجالِ والنساءِ جميعًا؛ لأنه ﷺ نهىٰ عن الشربِ في آنيةِ الذهبِ

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٤٣١، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٦٨، و«الهداية» ٤/ ٤١٦-٤١٧، و«اللباب» ٤/ ١٥٨.

(٢) رواه أبو داود (٤٢٣٣)، والترمذي (١٧٧٠) والنسائي ٨/ ١٦٣، وأحمد ٤/ ٣٤٢.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٤٣١، و«الهداية» ٤/ ٤١٧، و«الاختيار» ٤/ ٤١٣، و«اللباب» ٤/ ١٥٨.

والفضةِ وقال: «من شربَ في آنية الذهبِ والفضة فإنما يجرجر في بطنه نارَ جهنمَ»[(١)]، وإنما عمَّ النوعينِ لعمومِ النهي، وقالوا: إنه يكره الأنتفاعُ بهما في كلّ ما يعود إلى البدن كالطيب والادِّهان، ولا يجوز أن يكتحلَ من مكحلةِ ذهبٍ أو فضةٍ، أو بميلٍ من ذهبٍ أو فضةٍ وكذلك المرأةُ؛ لأنَّ جميعَ ذلك منفعةٌ تعود إلى البدنِ فصارَ كالأكلِ والشربِ[(٢)].

قال: (ولا بأسَ بالعقيقِ والبلورِ والزجاجِ).

لأنَّ هٰذِه الأشياءَ ليست من جنسِ الأثمان فلم يكره أستعمالها ولا يقعُ بها التفاخرٌ فلم تكن في معنى الذهبِ والفضةِ[(٣)].

قال: (والشربُ في الإناءِ المفضضِ والجلوسِ على السرير المفضضِ جائزٌ إذا أتقىٰ موضعَها ويكرهه، ووافقهما في روايتين).

قال أبو حنيفة[(٤)] رَحِمَهُ اللَّهُ: يحوزُ الشربُ في الإناءِ المفضضِ والركوبُ على السرجِ المفضضِ والجلوسُ على الكرسي المفضضِ إذا كان يتقي[(٥)] موضعَ الفضةِ، قيل: معناه موضعُ الفم.

---

(١) رواه البخاري (٥٦٣٤) ومسلم (٢٠٦٥) من حديث أم سلمة.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٤٣٦-٤٣٧، و«الهداية» ٤/ ٤١٢، و«البحر الرائق» ٨/ ٢١٠-٢١١، و«اللباب» ٤/ ١٥٩.

(٣) «فتح القدير» ١٠/ ٧١٦، و«الاختيار» ٤/ ٤١٣، و«البحر الرائق» ٨/ ٢١١، و«اللباب» ٤/ ١٥٩.

(٤) «مختصر الطحاوي» ص٤٣٧، و«الهداية» ٣/ ٤ «البحر الرائق» ٨/ ٢١١-٢١٢، و«اللباب» ٤/ ١٥٩.

(٥) في (ب): (الشيء).

وقيل معناه[1]: موضعُ اليدِ عند الأخذِ، وكذلك إذا ٱتقىٰ من السرج والكرسي موضع الجلوسِ عليه.

وقال أبو يوسف[2] رحمه الله: يكره ذلك.

وعن محمد[2] رحمه الله روايتان: روايةٌ كمذهبِ الإمامِ والأخرىٰ كمذهبِ أبي يوسفَ (وعلىٰ هٰذا الخلافِ)[3] الإناءُ المضببُ والكرسيُّ المضببُ بالذهبِ والفضةِ، وكذا الٱختلافُ في اللجامِ والركابِ إذا كانا مفضضينِ، وكذا الثوبُ فيه كتابةٌ بذهبٍ أو فضةٍ، وهٰذا الٱختلافُ إنما هو فيما يتخلصُ، أما التمويهُ الذي لا يخلصُ فلا بأسَ بالإجماعِ[2].

لهما[2]: أنَّ مستعملَ جزءٍ من الإناءِ مستعملٌ له كلَّهُ فيكره، كما إذا ٱستعملَ موضعَ الذهبِ والفضةِ.

وله: أنَّ ذلك تابعٌ ولا معتبرَ بالتوابع فلا يكره كالجبةِ المكفوفةِ بالحريرِ والعلِم (من الذهب)[4] والمسمار من الذهبِ في الفص، ومذهبُ أبي يوسفَ[2] ومحمد[2] رحمهما الله ونسبةُ الروايتينِ من الزوائدِ.

قال: (ويقبلُ في الهديةِ والإذنِ قولُ صبيٍّ وعبدٍ وأمةٍ، وفي المعاملاتِ قولُ الفاسقِ، وفي الدياناتِ قولُ العدلِ حرًّا كان أو عبدًا).

يقبلُ في الهديةِ والإذنِ قولُ العبدِ والجاريةِ والصبي ٱستحسانًا،

---

(١) من (ب).

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٤٣٧، و«اللباب» ٤/ ١٥٩، و«الهداية» ٣/ ٤ «البحر الرائق» ٨/ ٢١١-٢١٢.

(٣) في (ج): (وقيل هٰذا بخلاف).

(٤) في (ب): (في الثوب).

والقياسُ أنْ لا يقبلُ وإنما تُركَ القياسُ للعادةِ؛ لقبولِ أقوالِهم في الإذنِ والهديةِ في سائرِ الأعصارِ من غير نكير؛ ولأنَّه لو ٱعتُبرَ في جوازِ ذلك خبرُ الحر البالغ يشقُّ على الناسِ فيجوز دفعًا للحرجِ، والأمةُ من الزوائدِ.

وقالوا: يجبُ أن يعملَ في ذلك علىٰ غلبةِ الظن من السامعِ ومن صفاتِ المخبرِ، فإذا رأى العبدَ يبيعُ شيئًا لم يشتره حتىٰ يسألَهُ، فإذا ذكرَ أن المولىٰ أذنَ له في ذلك وكان العبدُ ثقةً ٱشتراه، وكذلك إن قال: هٰذا أهداهُ إليك مولاي. وإنْ كانَ أكبر رأيه أنه كاذبٌ أو لم يكنْ له رأيٌ لم يعرضْ بشيءٍ منه؛ لأنَّ الأصلَ أنه محجورٌ عليه[1]، والإذنُ طارئٌ فلا يجوزُ إثباتُهُ بالشك، وإنما قُبلَ[2] قولُ العبدِ الثقةِ في الإذنِ؛ لأنَّه من أخبارِ المعاملاتِ وهو أضعفُ من أخبارِ الدياناتِ، فإذا قبلَ قولَهُ في أخبارِ الدينِ ففي أخبارِ المعاملاتِ أولىٰ. وقالوا في رجلٍ في يدهِ شيءٌ أخبرَ أنَّه لغيرِهِ وأنَّه وكلَّه في بيعهِ أو وهبَهُ منه أو ٱشتراه منه وهو مسلمٌ ثقةٌ: صدِّقَ إذا غلبَ على الظن صدقُهُ فإن غلبَ على الظن كذبُهُ لم يصدق.

وهٰذا إذا لم يعلمِ الملكَ لغيرِ البائعِ إلَّا من جهتهِ ٱعتبارًا لعادةِ الناسِ في القبولِ من الوكلاءِ والدلالينَ، ولو باعَ شيئًا ولم يخبرهُ أنَّه لغيره فلا بأسَ أن يشتري منه، ويقبلُ قولُهُ أنَّه له وإن لم يكنْ ثقةً إلَّا أن يكون مثلُهُ لا يملكُ مثلَ تلكَ السلعةِ، فالأحبُّ أن يتنزَّه منه، وجوازُ الشراءِ بناءً على اليدِ والتصرفِ الدالينِ على الملكِ واعتبارًا للعادةِ المستمرةِ في الشراءِ من الثقاتِ وغيرِ الثقاتِ من غيرِ نكيرٍ. فأمَّا الفقيرُ يبيعُ جوهرةً مثمنةً، فالأولى التنزُّه منه

---

(١) من (ب).

(٢) في (ب) و(ج): (قيد).

ٱعتبارًا لظاهرِ الحالِ في أنَّ مثلَهُ لا يملكُ مثلَها، ولم يخبرْ عن وكالةٍ من جهةِ غيرِهِ فيرجعُ إلىٰ قولِهِ، فالتنزُّه أحبُّ. ويقبلُ في المعاملاتِ قولُ الفاسقِ؛ إذ في ٱعتبارِ العدالةِ حرجٌ عظيمٌ فينتفي دفعًا للحرجِ.

وفي أخبارِ الدياناتِ لا يقبلُ إلَّا قولُ العدلِ؛ لأنّه خبرٌ يتعلق بالدينِ فلا يقبلُ فيه قولُ غيرِ العدلِ كأخبارِ الرسولِ ﷺ، وهٰذا كما إذا أخبرَهُ مسلمٌ ثقةٌ بنجاسةِ الماءِ لم يجزْ له أن يتوضَّأ به، وإن كانَ المخبرُ غيرَ ثقةٍ وغلبَ على الظن صدقُهُ فالأولى التنزُّه عنه، وإنْ توضَّأَ جازَ، وكذلك إذا تزوجَ ٱمرأةً فأخبرَهُ ثقةٌ أنَّ بينهما رضاعًا فالأولىٰ له مفارقتُها؛ لأنّ الرضاعَ لا يثبتُ بشهادةِ الواحدِ ولكن (يلزُم به)[1] التنزُّه، والفرقُ بين المعاملاتِ والدياناتِ أنَّ المعاملاتِ يكثرُ وجودُها، وفي زيادةِ الٱشتراطِ حرجٌ فقبلَ قولُ الواحدِ حرًّا كان أو عبدًا، كافرًا كان أو مسلمًا، عدلًا كان أو فاسقًا، ذكرًا كان أو أنثىٰ. وأمَّا الدياناتُ فلا يكثرُ وجودُها ولا يتكررُ وقوعُها حسب[2] تكررِ المعاملاتِ ووقوعِها فجازَ أنْ يشترطَ فيها زيادةُ شرطٍ /١٨٠أ/ فلم يقبلْ إلَّا قولُ المسلمِ العدلِ؛ لأنَّ الفاسقَ متهمٌ والكافرُ لا يلتزمُ الحكمَ، فلم يكنْ له إلزامُ المسلمِ به، بخلافِ المعاملاتِ، فإنَّ الكافرَ لا يمكنُهُ المقامُ في دارنا إلَّا بالمعاملةِ، ولا تتهيأ له المعاملةُ إلَّا بعدَ قبولِ قولِهِ فيها، فكان في ذلك ضرورةٌ، ويقبلُ في (الدياناتِ)[3] قول الحر والعبدِ والأمةِ إذا كانوا عدولًا؛ لترجح الصدقِ عند العدالةِ والقبولُ لرجحانِ الصدقِ.

---

(١) في (ب): (لا يلزمه).

(٢) في (ج): (حيث).

(٣) في (ب) و(ج): (الهدايا).

وقولُهُ: (حرًا كان أو عبدًا) من الزوائد[١].

قال: (ويعزلُ عن أمتِهِ بغيرِ إذنِها ويستأذنُ الزوجةَ).

لأنَّه ﷺ نهىٰ عن العزلِ عن الحرة إلَّا بإذنِها[٢]، وقال لمولىٰ أمةٍ: «**أعزلْ إن شئتَ**»[٣]؛ ولأنَّ الوطءَ حقُّ الحرَّةِ قضاءً للشهوةِ وتحصيلًا للولدِ؛ ولهٰذا تخير في الجب والعنَّةِ ولا حقَّ للأمةِ في الوطءِ[٤].

قال: (ويكرهُ ٱستخدامُ الخصيانِ).

لأنَّ ٱستخدامَهُ يحثُّ الناسَ علىٰ هٰذا الصنع وإنَّه حرامٌ ومثلةٌ[٥].

قال: (ولا بأسَ بإخصاءِ البهائمِ وإنزاءِ الحمرِ على الخيلِ).

لأنَّ في إخصاءِ البهيمةِ منفعةً لها وللناسِ فيجوزُ، وروي أنَّه ﷺ ركبَ البغلةَ[٦]، فلولا جوازُ الإنزاءِ لما فعلَهُ كيلا ينفتحَ هٰذا البابُ[٧].

قال: (ونحرمُ الشطرنجَ مطلقًا).

أي: قامرَ بها أو لم يقامرْ، أمَّا إذا قامرَ به فالميسرُ حرامٌ بالنص وتسقطُ عدالتُه، والميسرُ: ٱسم لكل قمارٍ. وإنْ لم يقامرْ فهو عبثٌ ولهوٌ، وقد قالَ

---

(١) «المبسوط» ١٠/ ١٦٢-١٦٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٧٤، و«الهداية» ٤/ ٤١٤، و«الاختيار» ٤/ ٤١٧-٤١٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٢١٢-٢١٣، و«اللباب» ٤/ ١٦١.

(٢) رواه ابن ماجه (١٩٢٨)، وأحمد ١/ ٣١.

(٣) رواه مسلم (١٤٣٩).

(٤) «الهداية» ٤/ ٤٢٢، و«الاختيار» ٤/ ٤١٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٢٢، و«اللباب» ٤/ ١٦٦.

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٤٤٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٧١، و«الاختيار» ٤/ ٤١٨، و«اللباب» ٤/ ١٦١.

(٦) رواه مسلم (٢٤٢٣).

(٧) «مختصر الطحاوي» ص٤٤٣، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٦/ ٣٧١، و«الهداية» ٤/ ٤٣١، و«اللباب» ٤/ ١٦١.

ﷺ: «**لهوُ المؤمنِ باطلٌ إلَّا ثلاثٌ تأديبُهُ فرسَهُ ومناضلتُهُ**[(١)] **عن قوسِهِ وملاعبتُهُ أهلَهُ**»[(٢)] لكنه لا يسقطُ عدالتَهُ، وقال الشافعي[(٣)] رحمه الله: يباح اللعبُ بالشطرنجِ لتشحيذِ الخاطرِ وتزكيةِ الفهمِ، فيجوزُ لهٰذا القصد دونَ القمارِ.

ولنا[(٤)]: أنَه نوعُ لعبٍ يصدُّ عن ذكرِ اللهِ وعن الجمع والجماعاتِ والطاعاتِ فيكونُ حرامًا مطلقًا؛ لقوله ﷺ: «**ما ألهاكَ عن ذكر الله فهو ميسر**»[(٥)].

قال: (ويكرهُ تعشيرُ المصحفِ ونقطُهُ).

لقول (ابن مسعودٍ) رضي الله عنه[(٦)(٧)]: جردوا القرآنَ[(٨)]. وفي لفظٍ: جردوا المصاحفَ. وفي التعشيرِ والنقطِ تركُ التجريدِ.

قال صاحبُ «الهداية»[(٩)]: في زمانِنا لابدَّ للعجمِ من دلالةٍ فتركُ ذلك

---

(١) مناضلته: انتضل القوم وتناضلوا: أيْ رموا للسبق، وناضله اذا رماه. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ٥/ ٧٢ مادة نضل.

(٢) رواه أبو داود (٢٥١٣)، والنسائي ٦/ ٢٢٢-٢٢٣، وأحمد ٤/ ١٤٦ من حديث عقبة بن عامر بنحوه، وله شواهد أخرى انظرها في «نصب الراية» ٤/ ٢٧٣ .

(٣) «الوجيز» ٢/ ٢٤٩.

(٤) «مختصر الطحاوي» ٤٣٤-٤٣٥، و«الهداية» ٤/ ٤٣٢، و«الاختيار» ٤/ ٤١٨-٤١٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٣٥-٢٣٦.

(٥) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ٢٤٠: لم أره مرفوعًا، وإنما أخرج أحمد في «الزهد» عن القاسم بن محمد قال: ... فذكره نحوه.

(٦) في (ب): (ابن عباس).

(٧) «مختصر الطحاوي» ص٤٣١، و«اللباب» ٤/ ١٦٠.

(٨) رواه ابن أبي شيبة ٢/ ٢٤١ (٨٥٤٩).

(٩) «الهداية» ٤/ ٤٣١.

إخلالٌ بالحفظِ وهجرانُ القرآنِ في حقهم فيكونُ ذلك حسنًا. وقال أبو الحسنِ الكرخي رَحِمَهُ اللَّهُ: ولا يكرهُ ما يكتبُ من تراجمَ لسورٍ حسب ما جرتْ به العادةُ؛ لأنَّ في ذلك إبانةً عن معنى السورةِ، وهو بمنزلةِ كتابةِ التسميةِ في أوائلِها للفصل[١].

قال: (ولا بأسَ بتحليتِه ونقشِ المسجدِ وتزيينهِ).

لأنَّ في تحليةِ المصحفِ تعظيمًا له، ولأنَّ عثمانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فعلَ ذلك بمسجدِ رسول الله ﷺ من غير إنكارِ أحدٍ من الصحابةِ[٢].

قال: (ويكرهُ بيعُ السلاحِ أيام الفتنةِ).

معناه ممن يعرفُ أنَّهُ من أهلِها؛ لأنَّ ذلك تسبيبٌ إلى المعصيةِ، وإن كان لا يعرفُ أنَّه من أهلِ الفتنةِ فلا بأسَ به؛ لاحتمالِ أنْ لا يستعملهُ في الفتنةِ فلا يكرهُ بالشك[٣].

قال: (ويجيزُ بيعَ أراضي مكةَ كبنيانها[٤] وكرهاهُ، والجوازُ روايةٌ).

بيعُ أراضي مكةَ مكروهٌ عند أبي حنيفةَ[٥] ومحمد[٥] رحمهما الله وروي

(١) «الجامع الصغير» ٥٣٤، و«مختصر الطحاوي» ص٤٣٥ «الهداية» ٤/ ٤٣٠-٤٣١، و«الاختيار» ٤/ ٤٢٢، و«درر الحكام» ١/ ٣١٨-٣١٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٣١.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٤٣١-٤٣٢، و«المبسوط» ٣/ ٢٨٣، و«الهداية» ٤/ ٤٣١، و«الاختيار» ٤/ ٤٢٢، و«اللباب» ٤/ ١٦٠.

(٣) «مختصر الطحاوي» ص٤٤٢، و«الهداية» ٤/ ٤٢٩، و«اللباب» ٤/ ١٦٧.

(٤) في (ب) و(ج): (كبنائها).

(٥) «مختصر الطحاوي» ص٤٣٩-٤٤٠، و«الهداية» ٤/ ٤٣٠، و«الاختيار» ٤/ ٤١٧، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٣١.

عن أبي حنيفةَ[١] رحمه الله: أنه[٢] لا يكرهُ.

وقولُ أبي حنيفةَ[١] لا يكرهُ، وهو قولُ أبي يوسف رحمه الله.

وفي «الجامع الصغير»[١]: لا بأسَ ببيعِ بناءِ بيوتِ مكةَ ويكرهُ بيعُ أراضيها.

وقال أبو يوسفَ[١] ومحمدٍ[١] رحمهما الله: لا يكرهُ.

وروى الحسنُ عن أبي حنيفةَ[٣] رحمه الله: أنَّه لا يكره. وجهُ الكراهةِ أنَّه ﷺ قال: «**ألا أنَّ مكةَ حرامٌ لا يباعُ رباعُها[٤] ولا يورثُ**»[٥] وظاهرُ النص تحريمُ البيع حقيقةً إلَّا أنّ هٰذا الدليلَ تخلَّفَ عنه الحكمُ؛ لكون أربابِها ملاكُها، والملكُ يقتضي الإطلاقَ فيثبتُ شبهةَ المدلولِ، وشبهةُ الحرمةِ هي الكراهةُ، ووجهُ الجوازِ من دونِ الكراهةِ أنَّ في إثباتِ الكراهيةِ حجرًا على الملاكِ، والدليلُ يأبى الحجرَ على العاقلِ الكاملِ الرأي.

قال: (ويجوزُ بيعُ العصيرِ ممن يتخذَهُ خمرًا).

لأنَّ المطلقَ لجوازِ البيعِ -وهو الملكُ- قائمٌ والمعارضَ منتفٍ فوجبَ القولُ بالجوازِ، وما يتبعُ ذلكَ من المعصيةِ فليس متعلقًا بعينِ العصيرِ بل يعدُّ بغيره؛ وبهذا فارقَ بيعَ السلاحِ أيامَ الفتنةِ؛ لأنَّ المعصيةَ تقومُ بعينِ المبيعِ[٦].

---

(١) «مختصر الطحاوي» ص٤٣٩-٤٤٠، و«الهداية» ٤/ ٤٣٠، و«الاختيار» ٤/ ٤١٧، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٣١.

(٢) من (ج).

(٣) «الجامع الصغير» ٥٣٤.

(٤) رباعها: منازلها. «النهاية في غريب الحديث والأثر» ٢/ ١٨٩.

(٥) رواه بنحوه الدارقطني ٣/ ٥٧، والحاكم ٢/ ٥٣ من حديث ابن عمر. وانظر «نصب الراية» ٤/ ٢٦٥.

(٦) «الهداية» ٤/ ٤٢٩، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٣٠، و«درر الحكام» ١/ ٣٢٠، و«اللباب» ٤/ ١٦٧.

قال: (وإذا باعَ مسلمٌ خمرًا وقبضَ الثمنَ وعليه دينٌ كره لرب الدينِ أخذهُ منه وإنْ كان ذميًّا جازَ).

المسألتان من الزوائدِ، والفرقُ بينهما أنَّ البيعَ في المسألة الأولىٰ باطلٌ؛ لأنَّ الخمرَ ليس بمالٍ متقومٍ في حق المسلمِ فبقي الثمنُ علىٰ ملكِ المشتري فلم يحل له أخذُهُ من البائعِ.

وفي الوجهِ الثاني البيعُ صحيحٌ؛ لأنَّها مالٌ متقومٌ في حق الذميِّ فيملكُهُ البائعُ فحلَّ الأخذُ منه[١].

قال: (ونجيزُ بيعَ الروثِ).

لا بأسَ عندنا[٢] ببيعِ السرقين[٣] أي: الأرواثُ ويكرهُ بيعُ العذرة[٤].

وقال الشافعيُّ[٥] رحمه الله: لا يجوزُ بيعُ السرقين أيضًا؛ لأنَّه نجسُ العينِ فشابهَ العذرةَ وجلدَ الميتة قبلَ الدبغ. ولنا أنَّه منتفعٌ بها؛ (لأنَّها تلقىٰ في الأراضي لاستكثارِ الريع فكانَ مالًا والمالُ محلُّ البيعِ بخلاف العذرةِ؛ لأنَّه /١٨٠ب/ ينتفعُ بها)[٦] إذا كانتْ مخلوطةً بترابٍ غالبٍ عليها، وبيعُها مخلوطةً يجوزُ عندنا في الأصح.

---

(١) «الهداية» ٤/ ٤٢٧-٤٢٨، و«فتح القدير» ١٠/ ٥٧، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٢٩.

(٢) «الهداية» ٤/ ٤٢٦، و«الاختيار» ٤/ ٤١٦، و«درر الحكام» ١/ ٣١٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٢٦.

(٣) سرقين الأرض: سمدها بالسرقين. «المعجم الوسيط»١/ ٤٢٨.

(٤) العذرة: وزان كلمة الخرء، ولا يعرف تخفيفها وتطلق علىٰ فناء الدار لأنهم كانوا يلقون الخرء فيه. «المصباح المنير» ٢٣٨ مادة عذر.

(٥) «المهذب» ١/ ٢٦٨، و«الوجيز» ١/ ١٣٣، و«روضة الطالبين» ٣/ ١٦، و«الغاية القصوىٰ» ١/ ٤٦٠، و«مغني المحتاج» ٢/ ١١.

(٦) ساقط من (ب).

قال: (ويكره الاحتكارُ في أقواتِ بني آدمَ والبهائمِ في بلدٍ يضرُّ به).

إذا كان الاحتكارُ في بلدٍ يضرُّ به ذلك كما إذا كانت صغيرةً، وإن لم يضربه فلا بأسَ. والأصلُ فيه قولُهُ ﷺ: « **الجالبُ مرزوقٌ والمحتكر ملعونٌ** »[١] ولأنَّه تعلقَ بذلك حقُّ العامةِ، وفي الامتناعِ عن البيعِ إبطالُ حقهم وتضيقُ الأمرِ عليهم، وإذا كانَ المصرُ كبيرًا لا يكرهُ؛ لأنَّه حابسٌ بخاص ملكِهِ من غيرِ إضرارٍ بغيرِهِ، وكذلك تلقي الجلب علىٰ هٰذا التفصيلِ، وتخصيصُ أقواتِ بني آدمَ والبهائمِ كالحنطةِ والشعير والتبن[٢] والقت[٣] قولُ أبي حنيفة[٤] رحمه الله. وقال أبو يوسفَ: كلُّ ما أضرَّ بالعامةِ حبسُهُ فهو احتكارٌ ذهبًا كان أو فضةً أو ثوبًا.

وعن محمدٍ رحمه الله أنَّه قال: لا احتكارَ في الثيابِ فأبوا يوسفَ رحمه الله مالَ إلى اعتبارِ حقيقةِ الضررِ بالحبسِ فإنَّه هو المؤثرُ في الكراهةِ، وأبو حنيفةَ رحمه الله مالَ إلى اعتبارِ الضررِ المقصود المتعارف، ثم الاحتكار إنما يكون إذا طالت المدة؛ لأن الضرر لازمٌ في طويلِ المدةِ دونَ قصيرِها وقدروها بأربعينَ يومًا؛ لقولِهِ ﷺ: « **من احتكرَ طعامًا أربعينَ ليلةً فقد برئَ من اللهِ وبرئ الله منه** »[٥]، وقيل: بالشهرِ؛ لأنَّ ما دونَ الشهرِ قليلٌ عاجلٌ، والشهرُ وما فوقَهُ كثيرٌ آجلٌ. وقيل: ضربُ المدةِ للمعاقبةِ في الدنيا أمَّا الإثمُ فحاصلٌ وإن قصرتِ المدةُ.

---

(١) رواه ابن ماجه (٢١٥٣). قال ابن حجر في «الفتح»: إسناده ضعيف.

(٢) من (ب). (٣) في (ب): (القتب).

(٤) «الهداية» ٤/ ٤٢٦، و«الاختيار» ٤/ ٤١٤-٤١٥، و«درر الحكام» ١/ ٢٢١-٢٢٢.

(٥) رواه أحمد ٢/ ٣٣.

قال: (ومن ٱحتكرَ غلةَ ضيعتهِ جازَ).

لأنَّه خالصُ حقهِ لم يتعلقْ به حقُّ العامةِ؛ لأنَّ له أنْ لا يزرعَ فكذا له أنْ لا يبيعَ[١].

قال: (والمجلوبُ من بلدٍ آخرَ لا ٱحتكارَ فيه).

إذا جلبَ غلةً من بلدٍ آخرَ لم يكن محتكرًا عند أبي حنيفة[١] رحمه الله؛ لأنَّ حقَّ العامةِ إنما يتعلقُ بما جمعَ في المصرِ وجلبَ (في المصرِ)[٢] إلىٰ فنائِهِ. وقال أبو يوسفَ[١] رحمه الله: يكره لإطلاقِ حديثِ المحتكرِ.

وقال محمد[١] رحمه الله: ما يجلبُ إلى المصرِ في الغالبِ فهو بمنزلة فناءِ المصرِ يحرمُ الاْحتكارُ فيه؛ لتعلقِ حق العامةِ به، بخلافِ ما إذا كانَ البلدُ بعيدًا ولم تجر عادةٌ بالحمل منه إلى المصرِ؛ لعدمِ تعلقِ حق العامةِ به.

قال: (ويكرهُ التسعيرُ).

لا ينبغي للسلطانِ أنْ يسعرَ على الناسِ؛ لقولهِ ﷺ: « **لا تسعروا فإنَّ اللهَ هو المسعرُ القابضُ الباسطُ الرزاقُ** »[٣]، ولأنَّ الثمنَ حقُّ العاقدِ فكان تقديرُهُ إليه، فلا ينبغي التعرضُ لحقهِ إلَّا إذا تعلقَ به حقُّ ضررِ العامةِ، فإذا رفعَ إلى القاضي أمرَ المحتكر ببيع ما فضلَ عن قوتِهِ وقوتِ أهلِهِ على ٱعتبار السعةِ في ذلك، ونهاهُ عن الاْحتكارِ، فإنْ رفعَ الأمرُ إليه فيه ثانيًا حبسهُ وعزَّرَهُ علىٰ مقتضىٰ رأيه زجرًا له ودفعًا للضررِ عن الناسِ فإن كان أربابُ الطعامِ يتعدونَ ويتجاوزونَ القيمةَ تعديًا فاحشًا، وعجزَ القاضي

---

(١) «الهداية» ٤/ ٤٢٨-٤٢٩، و«الاختيار» ٤/ ٤١٥، و«درر الحكام» ١/ ٣٢٢.

(٢) من (ج).

(٣) رواه أبو داود (٣٤٥١)، والترمذي (١٣١٤)، وابن ماجه (٢٢٠٠)، وأحمد ٣/ ٢٨٦.

عن صيانةِ حقوقِ المسلمينَ إلَّا بالتسعيرِ سعَّرَ حينئذٍ بمشورةٍ من أهلِ الرأي والبصيرةِ، وإذا تعدىٰ أحدٌ بعدما فعلَ ذلك أجازَهُ القاضي، وهٰذا علىٰ قولِ أبي حنيفة[١] رَحِمَهُ اللهُ ظاهرٌ؛ حيثُ لا يرى الحجرَ على الحر وكذا عندهما / ١٨١أ/ ، إلَّا أنْ يكونَ الحجرُ علىٰ قومٍ معينينَ[٢]، ومن باعَ منهم بما قدَّرَهُ الإمامُ صحَّ؛ لأنَّهُ غيرُ مُكرهٍ عليه، وهل يبيعُ القاضي على المحتكرِ طعامَهُ من غيرِ رضاه؟ قيل: هو على الاختلافِ المعروفِ في مالِ المديونِ. وقيل: يبيعُ هاهنا بالاتفاقِ؛ لأنَّ أبا حنيفةَ[٢] رَحِمَهُ اللهُ يرى الحجرَ (لدفع الضرر)[٣] العام.

قال: (وأجازوا للذمي دخول المسجدِ ويجيزُهُ في الحرمِ).

قال مالكُ[٤] رَحِمَهُ اللهُ: لا يجوزُ لذي كفرٍ دخولُ مسجدٍ لقوله تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [التوبه: ٢٣]، فينزه المسجدُ عنه.

وقال الشافعيُّ[٥] رَحِمَهُ اللهُ: لا يجوزُ دخولُهُ إلى الحرمِ لقوله تعالىٰ: ﴿فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾ [التوبة: ٢٣].

وعندنا[٦]: يجوزُ لما رويَ أنَّ وفدَ ثقيفٍ -وكانوا كفارًا- قدموا علىٰ رسولِ الله ﷺ فأمرَ بأن تضربَ لهم خيمةٌ في وسطِ المسجدِ الحرامِ فنزلوا فيه قيل: إنَّهم أنجاسٌ يا رسول الله ﷺ فقال: «**إنَّ نجاستَهم في أنفسِهم**

(١) «مختصر الطحاوي» ٩٠، و«الهداية» ٤/ ٤٢٩، و«اللباب» ٤/ ١٦٧.
(٢) «مختصر الطحاوي» ص٤٣١، و«فتح القدير» ١٠/ ١٧-١٨، و«البحر الرائق» ٨/ ٣١٥، و«اللباب» ٤/ ١٥٧.
(٣) في (ب): (لعدم الضرورة).
(٤) «المعونة» ٣/ ١٧٣٥.
(٥) «المهذب» ٢/ ٢٥٩، و«حلية العلماء» ٧/ ٧١٦، و«تكملة تكملة المجموع» ٢١/ ٢٣٧-٢٣٨،
(٦) «الهداية» ٤/ ٤٣١، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٣١، و«درر الحكام» ١/ ٣١٩.

لا على الأرضِ»[١] والآيةُ وردتْ فيهم حيثُ كانوا يطوفونَ عراةً ويتكلمونَ بالفواحشِ، فالنهيُ لذلك لا لنفسِ الدخولِ.

قال: (ويجيزُ الدعاءَ بمعقدِ العز من العرشِ، وكرهاه).

للمسألةِ عبارتانِ:

إحداهما: أسألكَ بمعقدِ العز من عرشكَ. والأخرىٰ: بمقعدِ.

وهٰذِه تكرهُ بلا خلافٍ؛ لأنَّه من القعودِ، والأولىٰ مكروهةٌ عندهما[٢] لإيهام تعلقِ العزِّ بالعرشِ. والعرش[٣] محدثٌ وهو تعالىٰ بصفاتِهِ كلها قديمٌ، وعن أبي يوسفَ[٤] لا بأسَ به، وبه أخذَ ألفقيهُ أبو الليثِ[٤]؛ لأنَّ الدعاءَ بهٰذا اللفظِ مأثورٌ عن النَّبي ﷺ: «**اللهم أني أسألكَ** (بمعقد)[٥] **العز من عرشكَ وبمنتهى الرحمةِ من كتابِكَ وباسمِكَ الأعظمِ وجدكَ الأعلىٰ وكلماتِكَ التامةِ**»[٦]. قالوا: هو خبرُ واحدٍ، فكانَ الامتناعُ من اللفظِ الموهمِ أحوطَ، ويكرهُ أن يقولَ الرجلُ في دعائِه: بحق فلانٍ أو بحق أنبيائِكَ ورسلِكَ؛ لأنَّه لا حقَّ /١٨١أ/ لمخلوقٍ علىٰ خالقٍ.

---

(١) رواه أبو داود في «المراسيل» ص ٨٠ (١٧) عن الحسن مرسلًا بلفظ: «**إن الأرض لا تنجس، إنما ينجس ابن آدم**».

(٢) «الهداية» ٤/ ٤٣١، و«البحر الرائق» ٨/ ٢٣٤، و«درر الحكام» ١/ ٣١٩.

(٣) من (ب، ج).

(٤) «الهداية» ٤/ ٤٣١، و«درر الحكام» ١/ ٣٢١. (٥) في (ج): (بمقعد).

(٦) رواه ابن الجوزي في «الموضوعات» ٢/ ٤٦٤ (١٠٢٩) بلفظ «**معاقد العز**». وقال: حديث موضوع بلا شك.

فصل في المسابقةِ

هٰذا الفصلُ كُلُّه من الزوائدِ.

قال: (وتجوزُ المسابقةُ على الأقدامِ والخيلِ والبغالِ والحميرِ والإبلِ والرمي).

الأصلُ في ذلكَ حديثُ أبي هريرةَ رضي الله عنه: « **لا سَبْقَ إلَّا خُفٍّ أو نصلٍ أو حافرٍ** »[١]، والمرادُ بالخف: الإبلُ، والنصلِ: الرمي، وبالحافرِ: الفرسُ والبغلُ والحمارُ.

وعن الزهري[٢] قالَ: كانتِ المسابقةُ بين أصحابِ رسولِ اللهِ ﷺ في الخيلِ والرِّكاب والأرجلِ؛ ولأنَّه من أسبابِ الجهادِ ومحتاجٌ إليه للكرِّ والفر، وكلُّ ما كان من أسبابِ الجهادِ فتعليمُهُ مندوبٌ إليه سعيًا في إقامةِ هٰذِه الفريضةِ، وكانت ناقةُ رسولِ الله ﷺ -وهي العضباءُ- لا تُسبَقُ، فجاء أعرابيٌّ علىٰ قعودٍ فسبقها فشقَّ ذلك على المسلمين، فقال ﷺ: « **ما رفع اللهُ شيئًا إلَّا وضعه** »[٣]، ودلالتُهُ علىٰ جوازِ المسابقةِ ظاهرةٌ، وفي الحديثِ: سابقَ رسولُ الله ﷺ وأبو بكرٍ وعمرُ رضي الله عنهما فسبقَ رسولُ الله ﷺ وصلىٰ[٤] أبو بكر وتلا[٥] عمرُ، وعنه عليه السلام: « **لا تحضر**

---

(١) رواه أبو داود (٢٥٧٤) والترمذي (١٧٠٠) والنسائي ٦/ ٢٢٦، وابن ماجة (٢٨٧٨) وصححه الألباني في «صحيح الجامع» (٧٤٩٨).

(٢) «الاختيار» ٤/ ٤٢٥.

(٣) رواه البخاري (٦٥٠١)، وأبو داود (٤٨٠٢) والنسائي ٦/ ٢٢٧.

(٤) صلى: المصلىٰ هو تالى السابق، يقال صلى الفرس، آذا جاء مصليًا، ومن الذىٰ يتلو السابق لأن رأسه عند صلاه. «الصحاح» ٥٩٦ مادة صلا.

(٥) في (ج): (وثلث).

الملائكة شيئًا من تلاعب سوى النصال والرهان»[١] أي: الرمي والمسابقة[٢].

قال: (فإن شُرِطَ فيها جعلٌ من أحدِ الجانبين أو من ثالثٍ لأسبقهما جاز).

وذلك مثلُ أنْ يقولَ أحدُهُمَا لصاحبه: إنْ سبقتني أعطيتُكَ كذا، وإن سبقتك لا آخذُ منكَ شيئًا. أو يقولُ الأميرُ لجماعةِ فرسان: من سبقَ منكم فلَهُ كذا، وإن سُبِقَ فلا شيءَ عليه[٣]، أو يقولُ لجماعةِ الرماةِ: من أصابَ الغرضَ فله كذا. وإنما جازَ في هذين الوجهين لاشتمالِهِ على التحريضِ علىٰ آلةِ الحربِ والجهادِ[٢]، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «**المؤمنونَ عندَ شروطِهم**»[٤]، وفي القياسِ لا يجوزُ؛ لأنه تعليقُ المالِ بالخطرِ.

قال: (ومن الجانبين حرامٌ إلَّا أنْ يكونَ بينهما محللٌ بفرسٍ كفءٍ لفرسيهما إنْ سبقَهُمَا أخذَ منهما، أو سبقاه لم يعطهما وفيما بينهما أيُّهما سبقَ أخذَ من صاحبِهِ).

إذا شُرِطَ الجعلُ من الجانبين كان قمارًا، والقمارُ حرامٌ، إلَّا أنْ يكونَ

---

(١) رواه ابن أبي شيبة ٦/ ٥٢٩ عن مجاهد عن النبي ﷺ ورواه سعيد بن منصور في «سننه» ٢/ ١٧٢ وابن أبي شيبة ٥/ ٣٠٣ كلاهما عن مجاهد موقوفًا عليه.

(٢) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٢٨، و«الاختيار» ٤/ ٤٢٦.

(٣) من (ج).

(٤) رواه أبو داود (٣٥٩٤) عن أبي هريرة، والترمذي (١٣٥٢) عن عمرو بن عوف، والحاكم ٢/ ٥٧ وصححه الألباني في «صحيح أبي داود» ورواه البخاري معلقًا كتاب: الإجارة، باب: أجر السمسرة.

بينهما محللٌ بفرسٍ كفءٍ لفرسيهما يتوهَّمُ أنه يسبقُهُمَا، فإن سبقَهُما أخذَ منهما، وإن سبقاه لم يعطهما، وفيما بينهما أيُّهما سبقَ أخذَ من صاحبِهِ، وإنما جازَ ذلك؛ لأنَّ بالمحللِ خرجَ أنْ يكونَ قمارًا فيجوزُ لما ذكرنا، وقيل في المحللِ: أنْ يكونَ إن سبقاه أعطاهما، وإنْ سبقهما لم يأخذْ منهما وهو جائزٌ أيضًا لما ذكرنا، ولو لم يكنِ الفرسُ المحلل مثلهما لم يحزْ؛ لأنَّه لا فائدةَ في إدخالِهِ بينهما، فلم يخرجْ حينئذٍ من أنْ يكونَ قمارًا. وعلىٰ هٰذا التفصيلِ إذا تنازعَ فقيهان في مسألةٍ فتراجَعَا إلى الشيخِ وجعلا علىٰ ذلك جُعْلًا؛ لأنَّ ذلك في معنىٰ ما وردَ به النصُّ في المسابقةِ بالخيل، لأنَّ ذلك معنىٰ يرجعُ إلى الحث على التعلمِ وقيامِ العالمِ بالعلمِ والجهادِ. واللهُ الموفِّقُ[1].

(١) «مختصر الطحاوي» ص٣٠٤، و«فتاوىٰ قاضيخان» ٣/ ٤٢٨، و«الاختيار» ٤/ ٤٢٦.

فهرس الموضوعات للمجلد التاسع

* * *